Die Haftung des Kommissionärs nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches und des alten und neuen Depotgesetzes.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

August Lutter
Gerichtsassessor aus Gelsenkirchen

Approbiert am 8. Oktober 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

30:48

Referent:
Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0012

Inhaltsangabe.

Teil I. Seite

Die Haftung des Kommissionärs nach dem Handelsgesetzbuch.

§ 1. Die wirtschaftliche Bedeutung des Kommissionsgeschäfts 1
§ 2. Die rechtliche Natur des Kommissionsvertrages . . . 2
§ 3. Die Haftung des Kommissionärs nach dem H.G.B. im allgemeinen 6
§ 4. Die Erfüllungshaftung des Kommissionärs nach § 384 Absatz 3 H.G.B. (Begriff und Voraussetzungen) . . . 7
§ 5. Die Rechtswirkungen der Erfüllungshaftung nach § 384 Absatz 3 H.G.B. 13
§ 6. Die Abgrenzung der Erfüllungshaftung von der sog. Delkrederehaftung (§ 394 H.G.B.) einerseits und der Selbsteintrittshaftung (§ 400 ff. H.G.B.) andrerseits . . . 18
§ 7. Das Wesen der sog. Delkrederehaftung des Kommissionärs 20
§ 8. Die Rechtswirkungen der Delkrederehaftung nach § 394 H.G.B. 22
§ 9. Die Selbsteintrittshaftung des Kommissionärs . . . 30

Teil II.

Die Haftung des Kommissionärs nach dem alten Depotgesetz.

§ 10. Der Einfluß der Vorschriften der §§ 3—8 Dep.-Ges. auf die Stellung des (Einkaufs-, Verkaufs- und Umtausch-) Kommissionärs in zivilrechtlicher Beziehung . . . 37
§ 11. Der Einfluß der Strafbestimmungen der §§ 9—12 Dep.-Ges. auf die Stellung des Kommissionärs und seiner Haftung in strafrechtlicher Beziehung 48

Teil III.

Die Haftung des Kommissionärs nach dem neuen Depotgesetz.

§ 12. Die Veränderungen des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 durch die Verordnung über die Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 21. November 1923 54
§ 13. Der Einfluß dieser Aenderungen auf die Haftung und die Rechtsstellung des Kommissionärs 56

Literaturangabe.

Adler: Die Bankdepotgesetze nach ihrer zivilrechtlichen Seite. Berlin 1905.

Brand: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.

Breit: Bankdepotgesetz. Separatausgabe aus der Sektion „Deutschland" des Werkes „Die Handelsgesetze des Erdballs." Berlin 1911.

— Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach dem neuen Deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1899.

— Das Recht der Effektenkommission. Im Anhang des Kommentars zum Börsengesetz. Auf Veranlassung des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes. Berlin 1909.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 9. Auflage. Stuttgart 1922.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Band 3. 2. Auflage 1913.

Entzian: Die Delkrederekommission des § 394 HGB. Inaug.-Diss. Greifswald 1917.

Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels.

v. Hahn: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. Neue Aufl. Berlin 1929.

Kunreuther: Börsengesetz vom 22. Juni 1896 und Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.

Langen: Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. Leipzig 1912.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs.

Lusensky: Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1986. 3. Aufl.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Band I, Teil 2, 12. Auflage.

Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch. 17. Auflage. Berlin und Leipzig 1926.

Port: Rechtliche Natur der Delkrederehaftung im Kommissionsgeschäft. Inaug.-Diss. Heidelberg 1909.

v. Pechmann: Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere.

Riesser: Das Bankdepotgesetz. 4. Auflage. Berlin 1924.
Rimpler: Die gesetzliche Haftung des Kommissionärs. Inaug.-Diss. Göttingen 1901.
v. Schey: Das Bankdepotgesetz. In Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen (Holdheim). 5. Jahrgang.
Schweyer: Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band IV. 12. und 13. Auflage 1927.
Staub-Könige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. II. Band, 9. Auflage 1913.
Stenglein: Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches. I. Band, 4. Auflage. Berlin 1911.
Thöl: Das Handelsrecht. I. Band, 6. Auflage.
v. Werthern: Die Rechtsstellung des Kommittenten im Konkurse des Einkaufs- bzw. Verkaufskommissionärs. Inaug.-Diss. Leipzig 1906.
Weymar: Die Selbsthaftung des Kommissionärs. Inaug.-Diss. Leipzig 1913.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen; herausgegeben von Holdheim. (Neue Folge der Monatsschrift für Aktienrecht.)
Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen; herausgegegen von Riesser. (Bankarchiv.)
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des Bankdepotgesetz.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.
Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts.

Teil I.

Die Haftung des Kommissionärs nach dem Handelsgesetzbuch.

§ 1.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Kommissionsgeschäfts.

Mit dem industriellen Aufschwung Deutschlands in den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts hat sich auch die wirtschaftliche Bedeutung des Kommissionshandels und des Kommissionsgeschäfts bedeutend verändert. — Erforderte auf der einen Seite der sich immer schneller abwickelnde Geschäftsverkehr zwischen den einzelnen Städten, Staaten und Ländern einen möglichst raschen und direkten Geschäftsabschluß unter Ausschaltung aller Zwischenglieder, so wurde andererseits bei dem bedeutsamsten Zweige des Kommissionshandels, dem Börsen-Kommissionsgeschäft, die Stellung des sachkundigen Mittlers zwischen der Börse und dem spekulierenden Publikum eine immer freiere und gehobenere, bis sich aus dem Zwischenhändler, für welche das Handelsrecht die Rechtsform des Kommissionärs geschaffen hatte, allmählich der Vertrauensmann, Ratgeber und selbsteintretene Kontrahent herausbildete, der dann als Bankier seine eigenen „Geschäftsbedingungen" seiner Klientel — den Kommittenten — diktierte und diese vermöge seiner größeren Erfahrung und Sachkenntnis dazu bestimmte, sie als bindend für den Verkehr mit ihm im Effektenhandel anzuerkennen.

Erst der Krieg und die Nachkriegsverhältnisse haben dann dem gewöhnlichen Kommissionär, dessen Bedeutung infolge seiner geringen Inanspruchnahme und der niedrigen Provisionssätze sehr gesunken war, die wichtige Funktion als Zwischenhändler sowohl im Binnenverkehr wie im Welthandel wiedergebracht, die er lange Zeit im vorigen und vorvorigen Jahrhundert inne gehabt und dann infolge der verbesserten und vergrößerten Weltverkehrsverhältnisse kurz v o r dem Kriege fast völlig verloren hatte.

Besonders die Heeresverwaltung, — und zwar nicht nur in Deutschland, sondern in allen kriegführenden Ländern — war bei dem plötzlich entstandenen Bedarf an allen möglichen Lieferungen und Kriegsgerät genötigt, sich zur Beschaffung der erforderlichen Güter und Rohmaterialien der Vermittlung sachkundiger Fachleute zu bedienen, und auch später, nach Einführung der Zwangswirtschaft, bildete der Kommissionär ein wichtiges Glied der staatlich organisierten Erfassung und Verteilung der lebensnotwendigen Gegenstände des täglichen Bedarfs sowohl auf dem Gebiete der Ernährung wie der Bekleidung des Heeres und der Zivilbevölkerung.

Die verschiedenartigsten wirtschaftlichen Formen des Kommissionshandels sind auf diese Weise wieder zur Geltung gelangt, ganz besonders in der Nachkriegszeit, wo nicht nur das Warenkommissions-, sondern auch das Bankkommissionsgeschäft einen großen Aufschwung erlebte.[1]) Der Umwandlungsprozeß, den der Artikel 376 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches durchgemacht hat, spiegelt deutlich die Wirkung wieder, welche naturgemäß die geschilderte Entwickelung des Kommissionshandels in rechtlicher Beziehung auf die Handelsgebräuche, Rechtssprechung und Gesetzgebung ausüben mußte, welche sich schließlich auf dem Umwege über die Börsen-Enquete-Kommission[2]) und die §§ 70 ff. des alten Börsengesetzes in den §§ 400—405 des neuen Handelsgesetzbuches der wirtschaftlichen Entwickelung der Verquickung von Kommissions- und Properhandel angepaßt hat.

Im Nachstehenden wollen wir uns nun mit der Haftung des Kommissionärs nach dem Handelsgesetzbuch beschäftigen. Darüber hinaus soll sodann die besondere Art der Haftung, wie auch der Rechtsstellung des Kommissionärs auf Grund des alten und des neuen Depotgesetzes einer näheren Prüfung unterzogen werden.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Kommissionsvertrages.

Weder das alte noch das neue Handelsgesetzbuch geben eine Begriffsbestimmung des Kommissionsgeschäftes. Vielmehr gehen beide Gesetze im Anschluß an den code de commerce von dem Begriff des „Kommissionär“ aus.

Nach § 383 in Verbindung mit § 406 HGB. ist ein „Kommissionär“, wer es übernimmt, in eigenem Namen, aber

[1]) z. B. die Einfuhr-, die Ausfuhrkommission und die Konsignation.

[2]) Einberufen durch Erlaß des Reichskanzlers von Caprivi vom 16. Februar 1892.

für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) ein Geschäft abzuschließen, insbesondere Waren oder Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen.

Kommissionsvertrag ist nach denselben Bestimmungen also jeder Vertrag, durch den der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft der bezeichneten Art zu schließen übernimmt, mag dieses auch nicht in Kauf, Verkauf oder Lieferung bestehen bezw. sich auf Ware oder Wertpapiere beziehen.

Der Abschluß von Kommissionsgeschäften erzeugt obligatorische und dingliche Rechtswirkungen, welche im Handelsgesetzbuch, im Bürgerlichen Gesetzbuch und u. a. auch im sogenannten Bankdepotgesetz ihre rechtliche Regelung gefunden haben.

Die rechtliche Natur des Kommissionsvertrages ist in der Literatur viel umstritten worden. Wenngleich die Konstruktionsfrage große praktische Bedeutung nicht hat, so müssen wir zu ihr doch wegen der Konsequenzen, die für das Kündigungsrecht der Parteien und für die Verjährung ihrer Ansprüche aus der einen oder anderen Auffassung hergeleitet werden, Stellung nehmen.

Obwohl der dritte Abschnitt des III. Buches des HGB. die Ueberschrift „Kommissionsgeschäft" führt, gibt ebensowenig wie das alte HGB. das neue Gesetz Aufschluß über die rechtliche Natur dieses Vertrages. Vielmehr geht das Gesetz — wie bereits oben erwähnt — vom Begriff des „Kommissionär" in § 384 HGB. aus und grenzt in den dann folgenden Bestimmungen dessen Pflichten und Rechte gegenüber dem Komittenten einerseits und dem Dritten, mit dem er kontrahiert, andererseits, ab. Man ist deshalb genötigt, will man die rechtliche Natur des Kommissionsvertrages bestimmen, aus den den „Kommisionär" betreffenden Vorschriften die erforderlichen Begriffsmerkmale für den Vertrag selbst unter Zuhilfenahme der Motive, d. h. der Protokolle mit der Denkschrift, abzuleiten.

Unbestritten ist, daß der Kommittent den Kommissionsauftrag jederzeit widerrufen kann (§ 405 Absatz 3 HGB.), während dem Kommissionär eine Kündigung dem Kommittententen gegenüber nicht zusteht.[3])

Die Kommission hat nun stets eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande, auf welche — mag es sich nun juristisch um einen Werk- oder Dienstvertrag handeln — die Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung finden. Von diesem Uebernahmevertrag ist das sogenannte Ausführungs-

[3]) Ebenso Lehmann, zu § 189 Ziffer 6; a. A. Dernburg, BGB. § 341, VII und Anm. 10.

oder „Ausrichtungsgeschäft",[4]) welches der Kommissionär dann auf Grund des Auftrages bezw. Uebernahmevertrages in eigenem Namen, aber für Rechnung des Kommittenten durchführt. Da es diesem wesentlich auf den Erfolg der Tätigkeit des Kommissionärs, dessen er sich als geschäftsgewandten Mittelsmannes bedient, nicht aber auf die einzelnen zur Herbeiführung des Erfolges notwendigen Dienstleistungen desselben ankommt, so ist der Kommissionsvertrag nach richtiger Ansicht regelmäßig als Werkvertrag im Sinne von § 631 BGB. aufzufassen.[5])

Nur der auf längere Zeit berechnete Vertrag mit einem sog. Kommissionsagenten auf Durchführung verschiedener Geschäfte ist mehr als ein Dienstvertrag anzusehen.[6])

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung spricht einmal der Wortlaut des Gesetzes selbst in den §§ 384, 396 HGB., wo der Kommissionär zur Ausführung des übernommenen Geschäfts, also zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichtet wird, und die ihm zustehende Vergütung (Provision) erst fordern kann, „wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist" (§ 396 HGB.). Andererseits weist das Gesetz in § 396 Abs. 3 HGB. selbst auf die Anwendbarkeit der §§ 670 und 675 BGB. und damit auf das Auftragsähnliche des Kommissionsvertrages hin. Indessen kann dieser nicht etwa als eine Unterart des Auftrages behandelt werden, weil nach § 662 BGB. ein charakteristisches Merkmal des Auftrages die Unentgeltlichkeit der aufgetragenen Geschäftsbesorgung ist, während der Kommissionär regelmäßig eine vorher bestimmte Vergütung nach Erledigung des Geschäfts zu fordern berechtigt ist. Schließlich spricht auch die jederzeitige Widerruflichkeit des Kommissionsauftrages — während der Dienstvertrag einer Kündigungspflicht unterliegt — dafür, daß die Vorschriften über den Werkvertrag (§ 649 Satz 1 BGB.) analoge Anwendung finden sollen. (Vergl. § 396 Abs. 1, § 405 Abs. 3 HGB.)

Ein weiteres Moment für die Richtigkeit der obigen Auffassung bildet auch die Vorschrift des § 394 HGB., wonach der Kommissionär für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, d. h. also für den praktischen Erfolg seiner Tätigkeit, unter gewissen Umständen einzustehen hat und hierfür eine „besondere" Vergütung, die sog. Delkredereprovision beanspruchen kann. Hier zeigt sich ganz deutlich die Absicht

---

[4]) Vgl. Cosack, S. 162; Lehmann-Ring, Einleitung zu § 383 Nr. 4.

[5]) RG. 71, S. 78; vgl. dagegen RG. 110, S. 123, welche auf die Kommission § 627 BGB. anwendet, da der Kommissionär Dienste höherer Art leiste.

[6]) RG. 69, S. 364. Ebenso Makower HGB. Bd. 1 u. Teil II, S. 1246; Mosse-Heymann, HGB., 17. Aufl. 1926 zu § 383 HGB. Anm. 2.

des Kommittenten, den Kommissionär für einen bestimmten Erfolg seiner Tätigkeit event. haftbar zu machen und sich selbst das gewünschte Resultat noch besonders zu sichern.

Erwähnt sei schließlich noch, daß eine dritte Gruppe den Kommissionsvertrag als einen Vertrag eigener Art hinstellt.[7]) Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus dem Hinweis auf §§ 670, 675 BGB. in § 396 HGB., sowie daraus, daß der Inhalt des Vertrages in § 384 Abs. 2 HGB. vom Gesetz selbst als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet wird.

Selbstredend dürfen, wie Düringer-Hachenberg[8]) betonen, nun nicht etwa alle Grundsätze des Werkvertrages kritiklos auf jedes Kommissionsverhältnis übertragen werden, wie ja auch bereits die Denkschriften,[9]) die hier abweichend einen besonders geregelten Fall eines Dienstvertrages annehmen, darauf hinweisen, daß das Kommissionsgeschäft bei seiner eigenartigen Natur weder in den Rahmen des Dienst- noch den des Werkvertrages völlig hineinpaßt.

Den Mandatscharakter des Kommissionsvertrages hat auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch angenommen. Denn es spricht in den einschlägigen Bestimmungen von „Auftraggeber" und „Beauftragten" und bezeichnet das Rechtsverhältnis zwischen „Kommittenten und Kommissionär in Art. 361 sogar direkt als einen „Auftrag".[10])

Eine abweichende Ansicht vertritt Endemann,[11]) welcher den Kommissionsvertrag als ein „modernes" Arbeitsgeschäft auffaßt. Endemann wendet sich hierbei scharf gegen die althergebrachte Methode der Theoretiker, jede Vertragsart nun durchaus unter irgend eine Rubrik des römischen Rechts bringen zu wollen, wobei der modernen Rechts- und Verkehrsentwickelung in keiner Weise mehr Rechnung getragen werde.

Ohne auf die Einzelheiten der an sich zutreffenden Ausführungen Endemanns einzugehen, werden wir seinen Vorschlag, dem Kommissionsvertrage eine besondere juristische Bezeichnung beizulegen, schon deshalb verwerfen müssen, weil nach römischem Recht mehrfach Ausnahmen von dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Mühewaltung beim Man-

---

[7]) z. B. Neukamp in Holdheims Zeitschr. 16, S. 51 ff.; a. M. Rimpler, Die gesetzliche Haftung des Kommissionärs, Diss, Göttingen 01, der auf S. 11 mit Recht darauf hinweist, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes nur Dienst- oder Werkvertrag in Frage kommen kann.

[8]) Dür.-Hach. Vorb. II 2 zu § 383 HGB.

[9]) Prot. I, S. 371; — vgl. Dür.-Hach., S. 523.

[10]) vgl. auch Art. 376 Abs. 3.

[11]) Endemann in der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung v. Brinz u. Pözl, Bd. 5, S. 93.

dat zugelassen wurden[12]) und auch angesichts der Vorschrift des § 675 BGB. sich die Konstruktion eines besonderen Vertrages erübrigt.[13])

§ 3.

Die Haftung des Kommissionärs nach dem HGB. im allgemeinen.

Der Kommissionär hat das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen, dabei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Handelt der Kommissionär gegen die Weisungen des Kommittenten, so ist er schadensersatzpflichtig und der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. (§ 385 HGB.) Nach den Regeln des Auftrages darf jedoch der Kommissionär von den Weisungen abweichen, wenn er annehmen muß, daß der Kommittent bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Er hat aber, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, zunächst dem Kommittenten Anzeige zu machen und dessen Entschließungen abzuwarten. (§ 665 BGB.)

Gibt der Kommissionär ohne Zustimmung des Kommittenten dem anderen Vertragsteile Vorschüsse oder Kredit, so handelt er auf eigene Gefahr. Den Kaufpreis darf er jedoch stunden, wenn der Handelsbrauch es mit sich bringt, und der Kommittent nichts anderes bestimmt hat. (§ 393 HGB.)

In der Regel wird dem Kommissionär ein Höchst- oder Mindestpreis vorgeschrieben. (Limit.) Ueberschreitet er die Preisgrenze, so kann der Kommittent das Geschäft zurückweisen, wenn es nicht zur Abwendung von Gefahr erforderlich war, dem Kauf zu den höheren oder den Verkauf zu dem niedrigeren Preise vorzunehmen. Der Kommittent muß sich aber unverzüglich nach dem Empfang der Ausführungsanzeige entschließen, ob er das Geschäft gelten lassen will; er darf nicht auf Kosten des Kommissionärs spekulieren. Wenn er das Geschäft nicht unverzüglich nach Empfang der Ausführungsanzeige zurückweist, gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt. Erbietet sich der Kommissionär zugleich mit der Ausführungsanzeige den Preisunterschied zu decken, so darf der Kommittent das Geschäft nicht zurückweisen; er behält aber gegen den Kommissionär einen Anspruch auf Schadensersatz. (§ 386 HGB.)

---

[12]) z. B. in l. 6 D 17, I und l 7 D eod., L I C 4, 35.

[13]) vgl. die Widerlegung der Argumente Endemanns durch L e p a, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. Stuttgart 1883, S. 38 ff.

Der Kommissionär hat ferner die Rechte des Kommittenten gegen Frachtführer und Schiffer zu wahren. Falls er die sich hieraus ergebenden Obliegenheiten vernachlässigt, ist er zum Schadensersatz verpflichtet. (§ 388 HGB.) Auch für Verlust und Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes ist der Kommissionär verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß sie durch Umstände herbeigeführt sind, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. (§ 390 HGB.)

Ferner kennt das Handelsgesetzbuch auch Fälle, in denen der Kommissionär für die Erfüllung der für Rechnung des Kommittenten mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unmittelbar und persönlich haftet. Da gerade diese Haftung für die Erfüllung des Rechtsgeschäftes durch den Dritten ihrer Art, ihrer Bedeutung und ihrem Umfange nach lange sehr bestritten war und auch zur Zeit noch nicht völlig geklärt ist, soll sie im folgenden einer eingehenderen Untersuchung unterzogen werden.

§ 4.

Die Erfüllungshaftung des Kommissionärs nach § 384 Abs. 3 HGB.

(Begriff von Voraussetzungen.)

Nach § 384 Abs. 1 HGB. ist der Kommissionär, der das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen hat, verpflichtet hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Insbesondere hat er nach Abs. 2 derselben Vorschrift dem Kommittenten „unverzüglich" Anzeige von der Ausführung der Kommission zu machen, demselben Rechenschaft über das Geschäft abzulegen und das aus der „Geschäftsbesorgung" Erlangte herauszugeben.

Nach § 384 Absatz 3 HGB. haftet der Kommissionär dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Bevor wir jedoch die Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung des Geschäfts durch den Dritten einer näheren Erörterung unterziehen, müssen wir zunächst mit wenigen Worten auf die Rechtsstellung des Kommissionärs gegenüber dem Dritten eingehen.

Das alte HGB. bestimmte in Art. 360 Abs. 2 das Rechtsverhältnis des Kommissionärs zum Dritten wie folgt:

„Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet.

Zwischen dem Kommittenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten."

Wenngleich diese Bestimmung, welche durch die Vorschrift des § 164 BGB. überflüssig geworden ist, im neuen HGB. nicht mehr vorhanden ist, hat sich im Verhältnis des Kommissionärs zum Dritten nichts geändert. Berechtigt und verpflichtet wird also durch das Ausführungsgeschäft allein der Kommissionär und nur an diesen allein kann sich der Dritte halten, auch wenn ihm beim Geschäftsabschluß das Kommissionsverhältnis bekannt war. Ebenso haftet dem Dritten gegenüber nur der Kommissionär für Mängel der Ware oder sonstigen Schaden, selbst wenn dieser auf die Schuld des Kommittenten zurückzuführen ist.

Im übrigen finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Dritten die Vorschriften des HGB. bezw. BGB. über den Kauf, Werkvertrag usw. Anwendung.

Zum besseren Verständnis der Voraussetzungen und Wirkungen der Haftung des Kommissionärs auf Grund von § 384 Abs. 3 HGB. müssen wir erst kurz auf die Entstehungsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmung zurückgreifen. Der dieser Vorschrift entsprechende Art. 376 des alten Handelsgesetzbuches bestimmte in Absatz 3 folgendes:

„Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Kommittent befugt, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen."

Diese Vorschrift findet, wenn man ihre Entstehungsgeschichte kennt, ihre Erklärung in den strengen römischrechtlichen Grundsätzen über das Mandat. Danach war der Mandatar, — also hier der Kommissionär, — an den Auftrag seines Mandanten, — hier des Kommittenten, — gebunden, was zur Folge hatte, daß der Kommissionär entsprechend den Weisungen seines Auftraggebers verpflichtet war, das den Gegenstand des Vertrages bildende Geschäft mit einem Dritten unter allen Umständen abzuschließen und darüber unverzüglich eingehend zu berichten.

Von dieser Art der Kommissionsausführung durch Geschäftsabschluß mit jenem Dritten wurde seitens der Handelswelt trotz des Widerstandes der Juristen schon früh — vermutlich im 16. Jahrhundert [14]) — in der Weise abgewichen, daß bei der Einkaufskommission „das Entnehmen der Ware von den eigenen Vorräten" und bei der Verkaufskommission ihre „Uebernahme auf das eigene Lager" als eine rechtsgültige Art der Ausführung des Auftrages ange-

[14]) Näheres hierüber s. bei Breit, Selbsteintrittsrecht, S. 10 ff.

sehen wurde, wofür dann später der technische Ausdruck „Selbsteintritt“ aufkam.

Naturgemäß wird das Verhältnis von Kommittent und Kommissionär an sich schon stark durch die Selbständigkeit der Stellung beeinflußt, die dieser bei der Ausführung des Geschäfts dem Dritten gegenüber einnimmt.

Gilt doch der Kommisionär, ursprünglich nur ein Beauftragter, also eine Art Gehilfe des Kommittenten, nach außen hin, insbesondere dem Dritten gegenüber als der eigentliche Geschäftsherr, der allein das den Gegenstand der Kommission bildende Geschäft nicht nur abschließt, sondern auch durchführt.

Hieraus ergibt sich, daß der Kommittent, obwohl in seinem Interesse und für seine Rechnung das Geschäft mit dem Dritten abgeschlossen wird, doch in jeder Beziehung von dem Kommisionär, dessen Geschicklichkeit, Umsicht und Erfahrung bei der Durchführung der Transaktion abhängig ist, was sich besonders deutlich bei der sog. Börsenkommission zeigt.

Man muß demnach die Rechtsstellung des Kommissionärs stets von zwei Seiten aus betrachten, nämlich einmal dem Kommittenten und zweitens dem Dritten gegenüber. Beide Teile des Rechtsverhältnisses stehen in keiner direkten, sondern nur in einer ganz entfernten indirekten Verbindung miteinander, die erst von einer Zession der Ansprüche des Kommssionärs an den Kommittenten abhängig ist. (§ 392 HGB.), wenngleich rechtlich die Forderungen des Kommissionärs gegen den Dritten aus dem Ausführungsgeschäft im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen allein des Kommittenten gelten, was von aktueller Bedeutung für dessen Aussonderungsrecht im Falle des Konkurses des Kommissionärs werden kann. (§ 392 Abs. 2 HGB.) [15])

Nach dem Gesagten ergibt sich bei der Beurteilung der Erfüllungshaftung des Kommissionärs aus § 384 Abs. 3 HGB., daß man von vornherein die folgenden zwei Fälle streng auseinanderhalten muß, nämlich:

Fall 1: Der Kommissionär hat das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, macht aber die in § 384 Absatz 2 HGB. vorgeschriebene unverzügliche Anzeige nicht bezw. nur eine sog. unbestimmte Ausführungsanzeige.

Fall 2: Der Kommissionär hat das Ausführungsgeschäft mit einem Dritten überhaupt nicht abgeschlossen, macht aber trotzdem eine Ausführungsanzeige.

[15]) Der Kommittent hat einen rechtlichen Anspruch auf die Zession der Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten (§ 392 Abs. 2 HGB.). Dieses ist eine Folge der Vorschrift des § 384 Abs. 2 HGB., wonach der Kommissionär verpflichtet ist, dem Kommittenten das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben.

Bei Fall 1 ergeben sich wiederum zwei Alternativen, nämlich:

1 a: Macht der Kommissionär die vorgeschriebene Ausführungsanzeige und benennt er auch den Dritten, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat, so kommt eine Haftung für die Erfüllung aus § 384 Abs. 3 HGB. nicht in Frage.[16])

1 b: Macht der Kommissionär, welcher mit einem Dritten abgeschlossen hat, nur eine sog. unbestimmte Ausführungsanzeige, d. h. benennt er weder in der Anzeige selbst oder sonstwie gleichzeitig den Dritten, dann haftet er dem Kommittenten nach § 384 Abs. 3 HGB. „für die Erfüllung des Geschäfts" durch den Dritten n e b e n und m i t diesem.

Er haftet dann aber auch für alle Nebenleistungen des Dritten, — neben und mit diesem gemeinsam.

Und zwar haftet der Kommissionär für die Erfüllung des Geschäfts, wie es ein s o r g f ä l t i g e r Kommissionär unter Beobachtung aller Weisungen des Kommittenten abgeschlossen haben würde.

Die Voraussetzungen für diese Haftung sind demnach:

1. Es muß eine echte Einkaufs- oder Verkaufskommission im Sinne von § 383 HGB. vorliegen, d. h. ein Vertrag,

---

[16]) Im Anschluß hieran soll darauf hingewiesen werden, daß eine ganze Reihe von Autoren, — darunter auch Breit — diese Erfüllungshaftung des Kommissionärs also sog. „Selbsthaftung" bezeichnen. (Vgl. Breit a. a. O., S. 190, 192 ff. und Wevmar. Die Selbsthaftung des Kommisionärs. Inaug.-Diss. Leipzig 1913). Diese Bezeichnung ist u. E. als unrichtig bezw. irreführend zu beanstanden und zwar aus folgenden Gründen:

Abgesehen davon, daß jede Haftung eines Kontrahenten für die Erfüllung einer Verbindlichkeit „Selbsthaftung" ist, wie z. B. die Haftung des Erben für Nachlaßschulden, die Haftung des Bankiers für unrichtige Ausführung von Kundenaufträgen, die Haftung des Geschäftsherrn für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen usw., gibt dieser Ausdruck deshalb zu Mißverständnissen Veranlassung, weil man dadurch in den Glauben versetzt werden könnte, als hafte sonst der Kommisionär überhaupt nicht „selbst" oder er hafte nur dann „s e l b s t", wenn er es unterlassen habe, zugleich mit der Ausführungsanzeige den Dritten gemäß der Vorschrift von § 384 HGB. namhaft zu machen. In Wirklichkeit wollen diejenigen, welche das eigenartige Wort „Selbsthaftung" gebrauchen, nur den Kommissionär „als den für die Erfüllung des Geschäfts selbst Haftbaren" bezeichnen, was sich ebenso einfach und weit klarer mit „Erfüllungshaftung" ausdrücken läßt, ohne daß dabei ein mißverständlicher Pleonasmus angewendet zu werden braucht. — Wir bezeichnen also im folgenden das, was andere Autoren „Selbsthaftung" nennen, mit „Erfüllungshaftung" des Kommissionärs. (An sich haftet der Kommissionär nur für die diligenzmäßige Ausführung der Kommission, nicht aber für die Erfüllung des Geschäfts durch den Dritten.)

der den Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren zum Gegenstand hat.

2. Der Kommissionär darf das Selbsteintrittsrecht nicht ausgeübt haben.
3. Der Kommissionär muß eine Ausführungsanzeige gemacht haben.[17])
4. Der Kommissionär muß es unterlassen haben, in der Ausführungsanzeige oder gleichzeitig mit dieser den Dritten namhaft zu machen, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Unverständlich ist die von Breit gezogene Schlußfolgerung[17]) aus dieser letzten Voraussetzung, „daß der Kommissionär, der in regulärer Weise abwickelt, nicht verpflichtet sei, den Namen des Dritten in der Ausführungsanzeige zu nennen" und daß er seine Verbindlichkeit aus dem Kommissionsvertrage erfüllt, wenn er die Kommission diligenzmäßig ausführt und die Ausführung dem Kommittenten anzeigt.

„Ob er (der Kommissionär)," fügt Breit hinzu, „den Dritten bereits in der Ausführungsanzeige namhaft machen will oder nicht, überläßt das Gesetz seinem freien Belieben." Breit begründet diese seine Ansicht mit einer Ausführung darüber, daß die „Selbsthaftung" nach § 384 HGB. nicht „den Charakter einer Strafe" trage, sondern nach der historischen Entwickelung" auf dem präsumtiven Willen des Kommissionärs, haftbar zu werden, beruhe und das Gesetz „zum mindesten mit ausdrücklichen Worten" eine Pflicht der Namensnennung nicht vorschreibe.

Wenngleich diese Begründung an sich formaljuristisch richtig ist und aus der fast regelmäßigen Verschweigung des Namens des Dritten auch gefolgert werden kann, daß die Kommissionäre in der Regel die eigene Haftung für Erfüllung der Namensnennung des Dritten vorziehen, ihre Haftung also als etwas Selbstgewolltes herbeiführen, so muß man prinzipiell doch den Kommentatoren des HGB. beipflichten, die den Standpunkt vertreten, daß zur Auskunftserteilung und Rechenschaftspflicht des Kommissionärs unter allen Umständen die Nennung des Namens desjenigen gehört, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.[18])

Wohl haben sich, namentlich im Effektenhandel Gebräuche ausgebildet, daß — von geringen Ausnahmen abgesehen, — der Dritte in der Ausführungsanzeige nicht genannt

---

[17]) Wie Breit a. a. O. in der Anmerkung, S. 190 richtig bemerkt, enthält § 384 Abs. 2 HGB. keine Bestimmung über die Rechtsfolgen einer unterlassenen Ausführungsanzeige.

[18]) Dür.-Hach., § 384 Anm. 86; Lehmann, § 190, S. 832; Makower, § 384 Anm. IV a 1; früher auch Staub-Könige, Bd. 2 Anm. 18 zu § 384, jetzt 9. Aufl. entgegengesetzte Ansicht § 384 Anm. 38.

wird, weil dessen Name den Kommittenten hier nicht interessiert.

Desungeachtet bleiben nach einer Entscheidung des ROHG.[19]) auch für den Effektenhandel die den Kommissionsvertrag beherrschenden Grundsätze maßgebend. Aus dem Wesen des Kommissionsvertrages aber folgt, daß der Kommissionär dem Kommittenten über das Ausführungsgeschäft volle Rechenschaft abzulegen, über den jeweiligen Stand des Geschäfts Auskunft nach § 666 BGB. zu erteilen, insbesondere in Gemäßheit von § 259 BGB. Rechnung zu legen, eine eventuelle Forderung gegen einen Dritten auf Verlangen abzutreten.[20]) und „in allen Fällen" den Namen dessen zu nennen hat, mit dem das Geschäft geschlossen wurde.[21])

Dieses ist wenigstens die herrschende Ansicht. Aus der Aukunfts- und Rechenschaftspflicht des Kommisionärs also resultiert die von Breit negierte Verpflichtung des Kommissionärs zur Nennung des Dritten in der Ausführungsanzeige und es ist erklärlich, daß der Kommittent sich an den Kommissionär zu halten sucht, wenn dieser ihm nicht angibt, mit wem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten geschlossen hat.

Denn wenn der Kommittent nicht erfährt, an wen seine Ware verkauft ist oder wer ihm die für ihn gekaufte Ware zu liefern hat, so ist ihm mit der bloßen Ausführungsanzeige in der Regel nicht gedient. Freilich haben die Kommissionäre, wie bereits erwähnt, es seit alters vorgezogen, selbst zu haften, anstatt den Dritten namhaft zu machen, weil sie ihre Geschäftsverbindungen nicht verraten wollten, um einen direkten Geschäftsverkehr zwischen ihren Kontrahenten und dem Kommittenten zu verhindern.

In jedem Falle muß der Dritte, wenn er in der Ausführungsanzeige benannt wird, so genau bezeichnet werden, daß jeder Zweifel über seine Person ausgeschlossen ist. Eine Angabe, wie z. B. „Herr Müller-Berlin" oder „Herr Schulze-Hamburg" würde also nicht genügen, um eine Haftung aus § 384 Abs. 3 HGB. zu vermeiden. Der Zweck dieser Vorschrift ist doch gerade der, den Kommittenten über die Person und die Vermögenslage des Schuldners, von dem er Lieferung einer Ware oder Zahlung des Kaufpreises zu fordern hat, nicht im unklaren zu lassen. Infolgedessen schützt ungenaue oder unrichtige Bezeichnung des Dritten den Kommissionär vor der Erfül-

[19]) ROHG. 14, S. 388 zit. bei Makower, § 384 Anm. VII b 3.
[20]) ROHG. 12, S. 263.
[21]) Dür.-Hach., § 384 HGB. unt. VI 2a: „Die herrschende Meinung nimmt freilich die Pflicht des Kommissionärs zur Benennung des Dritten ganz allgemein an."

lungshaftung ebensowenig, wie die völlige Verschweigung seines Namens.

Nicht durchaus erforderlich ist die Namhaftmachung des Dritten in der Ausführungsanzeige selbst. Es genügt, wenn sie dem Kommittenten gleichzeitig mit dieser zugeht.[22]) Allerdings kann durch nachträgliche Namhaftmachung die Erfüllungshaftung des Kommissionärs nicht mehr aufgehoben oder abgeändert werden. Natürlich ist der Kommittent auch berechtigt, bevor er gegen den Kommissionär vorgeht, von diesem Abtretung seiner Ansprüche gegen den Dritten zu verlangen und dieselben zunächst gegen den Letzteren geltend zu machen.

Der Kommittent ist somit zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, ausschließlich den Kommissionär auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen.

Fall 2: Hat der Kommissionär ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten gar nicht abgeschlossen, aber trotzdem eine Ausführungsanzeige gemacht, so kann er vom Kommittenten auf Erfüllung oder auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Er haftet dann in ähnlicher Weise wie ein Vertreter ohne Vertretungsvollmacht nach § 179 BGB. oder wie ein Makler nach § 95 Abs. 3 HGB.

Das Nähere hierüber ergibt der jetzt folgende Paragraph.

§ 5.

Die Rechtswirkungen der Erfüllungshaftung nach § 384 Abs. 3 HGB.

Der Kommissionär haftet infolge der Namensverschweigung des Dritten auf Grund des § 384 Abs. 3 HGB. für die Erfüllung des Geschäfts sowohl dann, wenn er tatsächlich mit einem Dritten abgeschlossen als auch, wenn er — entgegen seiner Anzeige — mit einem Dritten nicht kontrahiert hat. Und zwar haftet er im ersteren Falle für die Erfüllung eines Geschäftes, wie es ein sorgfältiger Kommissionär unter Beachtung der Weisungen des Kommittenten abgeschlossen haben würde, im letzteren Falle auf Grund seiner Ausführungsanzeige — die nicht etwa als eine Selbsteintrittserklärung aufgefaßt werden kann,[23]) ebenfalls auf Erfüllung oder auf Schadensersatz.[24])

Im einzelnen ist hierbei folgendes auseinanderzuhalten:

I. Ist ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen worden, so kann der Kommittent verlangen, daß der

---

[22]) Vgl. Dür.-Hach. zu § 384 HGB. Anm. 87. Anders Makower, § 384 Anm. VII 3, der gleichzeitige Absendung verlangt.

[23]) Vgl. § 405 Abs. 1 HGB.

[24]) Staub, § 384 Anm. 38—40; Lehmann-Ring, § 384, Nr. 42.

Kommissionär das Geschäft so erfüllt, wie es abgeschlossen wurde. Im übrigen bleiben hierbei alle den Kommissionsvertrag bestimmenden Grundsätze in Geltung,[25]) d. h. also: Der Kommissionär bleibt zur Rechnungslegung verpflichtet. Er hat nicht mehr das Recht des Selbsteintritts, insbesondere nicht das Recht, statt des wirklich mit dem Dritten ausbedungenen Preises den Börsen- oder Marktpreis einzusetzen,[26]) und er bleibt auch für alle Nebenleistungen, die der Dritte übernommen hat, haftbar.[27])

Die Verpflichtung des Dritten ist demnach das Minimum dessen, was der Kommittent vom Kommissionär fordern kann, und dieser kann sich nicht darauf berufen, daß sein Abschluß mit dem Dritten ein ungewöhnlich günstiger oder ungünstiger gewesen sei,[28]) und der Kommittent dürfe ihn nur auf Erfüllung eines Durchschnittsgeschäftes in Anspruch nehmen.

Hat der Kommissionär beim Abschluß des Ausführungsgeschäfts nicht die erforderliche Sorgfalt gewahrt, so haftet er daneben dem Kommittenten auch noch auf Schadensersatz.

Da der Kommittent, wie bereits oben (S. 13) erwähnt, nur berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, den Kommissionär aus der Verschweigung des Dritten in Anspruch zu nehmen, und im übrigen alle Grundsätze des Kommissionsgeschäfts in Geltung bleiben, so kann er zunächst volle Rechnungslegung und auch nachträgliche Namensnennung fordern, ebenso auch Zession der Ansprüche gegen den Dritten verlangen. Sonst könnte sich ja der Kommissionär einfach durch Verschweigung des Namens des Dritten seiner Verpflichtung zur Abtretung der Forderung entziehen. Der Kommittent kann ferner auf Grund der Zession seine Ansprüche zunächst gegen den Dritten geltend machen, mit dem zusammen der Kommissionär dann als Gesamtschuldner haftet.

Andererseits ist der Kommissionär aber auch in gleicher Weise berechtigt, wie es der Dritte im Falle regulärer Geschäftsentwickelung sein würde.[29]) Er hat also ein selbständiges Recht auf die Gegenleistung und kann beispielsweise, wenn der Kommittent zur Vorleistung verpflichtet ist, seinerseits auch die Vorleistung zunächst fordern.

In jedem Falle wird aber der Kommissionär verlangen bezw. erwarten dürfen, daß der Kommittent baldigst eine Erklärung darüber abgibt, ob er auf Erfüllung nach § 384 Abs. 3 HGB. bestehen will oder nicht, damit der herrschende Schwebezustand ein Ende findet. Solange der Kommittent auf

[25]) RGHG. 14, S. 388.
[26]) ROHG. 12, S. 263; 14, S. 398.
[27]) Vgl. Makower, Anm. VII b 3 zu § 384 HGB.
[28]) Dür.-Hach., § 384 unt. 4a, Anm. 91.
[29]) Vgl. Breit, Selbsteintrittsrecht, S. 197.

die unbestimmte Ausführungsanzeige hin sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt hat, stehen die Parteien sich nur als Kontrahenten des Kommissionsvertrages gegenüber. Indessen hat der Kommissionär die Rechte aus dem Kommissionsvertrage nur dann, wenn er wirklich mit einem Dritten abgeschlossen hat, — und er haftet, wenn er auf Grund von § 384 Abs. 3 HGB. in Anspruch genommen wird, in diesem Falle auch nur soweit, als bei ordnungsmäßiger Abwickelung des Geschäfts der Dritte haftbar gewesen wäre.

II. Anders liegt der Fall, wenn der Kommissionär mit einem Dritten nicht abgeschlossen, aber trotzdem eine Ausführungsanzeige gemacht hat.

In diesem Falle kann der Kommittent die unbestimmte Ausführungsanzeige nicht etwa als Selbsteintrittserklärung auffassen, d. h. als Erklärung des Kommissionärs, selbst für die Erfüllung des als ausgeführt angezeigten, in Wirklichkeit aber nicht ausgeführten Geschäfts eintreten zu wollen, denn der Selbsteintritt muß nach § 405 Abs. 1 HGB. ausdrücklich erklärt werden. Ermangelt es in der Ausführungsanzeige an der ausdrücklichen Bemerkung, daß er selbst eintrete, so gilt der Auftrag stets als mit einem Dritten ausgeführt.[30]) Es besteht für den Kommittenten jedoch die Möglichkeit, unter Zugrundelegung des wahren Sachverhalts das Geschäft als ein nichtausgeführtes zu behandeln,[31]) und den Kommissionär wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens schadensersatzpflichtig zu machen. Und zwar kann er, wie Breit [32]) zutreffend ausführt, Schadensersatz verlangen nicht nur, weil der Kommissionär seiner Verpflichtung zuwider die Kommission nicht ausgeführt hat, sondern auch deswegen, weil er eine in Wahrheit nicht ausgeführte Kommission als von ihm ausgeführt angezeigt hat.[33])

Der Kommissionär haftet also auch in diesem Falle für Erfüllung eines Geschäfts, wie es ein sorgfältiger Kommissionär unter Beachtung aller Weisungen des Kommittenten abgeschlossen haben würde, bezw. auf Ersatz eines eventuellen Schadens in Geld.

Freilich wird in der Praxis häufig der Schadensersatzanspruch inhaltlich mit der Erfüllungsleistung unter Berücksichtigung von § 249 BGB. identisch sein.

---

[30]) Staub, § 384 Anm. 37, u. 34 a; a. A. Makower, § 384 VII b 4.

[31]) Vgl. RG. 53, S. 372; 63, S. 30; Makower, § 384 HGB. Anm. VII b 4.

[32]) Breit, a. a. O., S. 201 unt. b.

[33]) Anders Dür.-Hach., welche § 384 unt. 4 b, S. 576 die Ansicht vertreten, daß der Kommittent nur dann Schadensersatz fordern kann, wenn der Kommisionär in Täuschungsabsicht eine unrichtige Ausführungsanzeige abgegeben hat.

Da die Kommission in Wirklichkeit nicht ausgeführt ist, so kann der Kommittent natürlich alle Folgerungen daraus ziehen und sie widerrufen, oder — falls das noch möglich ist — eine nachträgliche Ausführung verlangen.

Anders liegt die Sache, wenn der Kommissionär nur aus Rechtsunkenntnis eine etwa beabsichtigte Selbsteintrittserklärung nicht formgerecht abgegeben oder sich über den Abschluß mit einem Dritten in einem Irrtum befunden hat. Im ersteren Falle würde dann der Kommissionär wie ein Makler nach § 95 HGB. oder wie ein Vertreter ohne Vertretungsvollmacht haften,[34]) im letzteren Falle nach der allgemein anerkannten Ansicht seine Ausführungsanzeige, die rechtlich nur den Charakter eines Berichts hat, nachträglich noch berichtigen können.[35])

Es war lange Zeit streitig, welcher Einfluß dem Irrtum bei Abgabe der Ausführungsanzeige in dieser Hinsicht zuzuschreiben sei, insbesondere, ob der Kommissionär seine Haftung aus § 384 Abs. 3 dadurch beseitigen könne, daß er den Nachweis führt, er habe sich bei Abgabe der Ausführungsanzeige über den Abschluß des Geschäfts in einem Irrtum befunden. — Nach richtiger Ansicht muß dieser Nachweis dem Kommissionär stets vorbehalten bleiben, und zwar sowohl dann, wenn er ausdrücklich den Abschluß mit einem Dritten angezeigt als auch dann, wenn er nur eine allgemeine Ausführungsanzeige abgegeben hat.[36])

Staub[37]) und Makower[38]) haben dem Kommissionär das Recht, seine Erklärung wegen Irrtums anzufechten bezw. zu berichtigen, nur dann zugestehen wollen, wenn er ausdrücklich den Geschäftsabschluß mit einem Dritten angezeigt hat. Diese Unterscheidung nach dem Wortlaut bezw. Inhalt der Ausführungsanzeige ist jedoch weder gerechtfertigt noch praktisch durchführbar und hängt, wie Düringer-Hachenburg richtig bemerken,[39]) lediglich von dem Zufall ab, welchen Wortlaut in der Anzeige der Kommissionär nun gerade gewählt hat.

Richtiger erscheint es vielmehr, dem Kommissionär die Möglichkeit einer Anfechtung entweder immer oder niemals ofen zu lassen. — Da es eine ungerechtfertigte Härte bedeuten und die Stellung des Kommissionärs — besonders im Bankkommissionsgeschäft — sehr erschweren würde, wenn man ihm die Befugnis zur Zurücknahme oder Berichtigung

[34]) Vgl. Dür.-Hach., § 384 unt. 4b, S. 575.
[35]) Vgl. Dür.-Hach., § 384 unt. 5, S. 577.
[36]) Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Dür.-Hach., a. a. O., S. 576 unt. 5.
[37]) Staub zu § 384, Anm. 34, 35.
[38]) Makower zu § 384, VII a.
[39]) Düringer-Hachenburg zu § 384, Anm. 93.

einer irrtümlich abgegebenen Ausführungsanzeige absprechen würde, so wird man Breit, Lehmann-Ring und Düringer-Hachenburg zustimmen müssen, die dem Kommissionär in allen Fällen den Nachweis eines Irrtums gestatten.[40])

Denn der Kommissionär, der die Ausführung des Geschäfts seinem Kommittenten anzeigt, o h n e einen Dritten zu benennen, will sicherlich selbst haften gemäß § 384 Abs. 3 HGB., aber nicht deswegen, weil das Gesetz — das er vielleicht nicht einmal kennt — eine bestimmte Folge an diese unbestimmte Ausführungsanzeige knüpft, sondern nur deshalb, weil „ihm der Abschluß des entsprechenden Deckungsgeschäfts gelungen war und er deshalb die Erfüllungshaftung ohne Bedenken auf sich nehmen kann." [41])

Die Vorschrift des § 384 Abs. 3 HGB. ist dispositiver Natur. Die Parteien können deshalb — im Gegensatz zum Falle des Selbsteintritts nach § 405 HGB. — den Ausschluß der Erfüllungshaftung vereinbaren oder sonstige diese betreffende Abmachungen eingehen, insbesondere, daß dem Kommissionär noch gestattet sein soll, seine Haftung durch nachträgliche Benennung des Dritten abzuwenden.

Die Erfüllungshaftung erlischt weder durch einen nachträglichen Widerruf der Kommission (s. oben S. 16), noch dadurch, daß der Kommittent nicht sofort nach Eingang der Ausführungsanzeige erklärt, er werde vom Rechte des § 384 Abs. 3 HGB. Gebrauch machen. Es bleibt daher, wie Breit [42]) richtig bemerkt, dem Kommittenten unbenommen, noch sogar, wenn er im Konkurs des Dritten ausgefallen ist, auf den Kommissionär zurückzugreifen und umgekehrt von diesem auch noch nachträglich die Zession seiner Forderung gegen den Dritten zu verlangen, falls vom Kommissionär selbst eine Befriedigung seines Anspruchs nicht zu erlangen ist.

Die Haftung des Kommissionärs für Erfüllung des Geschäfts nach § 384 Abs. 3 HGB. gibt dem Kommittenten also a l l e Rechte, die er gegen den Dritten nach Zession des Anspruchs geltend machen könnte, ohne ihm seine Rechte gegen den Dritten selbst zu nehmen. Und nur, wenn der Kommittent a u s d r ü c k l i c h erklärt, daß er Erfüllung vom Kommissionär n i c h t verlangen werde, verliert er seine Rechte aus § 384 Abs. 3 HGB.

---

[40]) Breit im Zverb.-Komm., S. 437, Anm. 18 VI, 3, c; Lehmann-Ring, § 384 Nr. 44; Dür.-Hach., a. a. O., Anm. 93.
[41]) Dür.-Hach., a. a. O., S. 577, Anm. 93.
[42]) Breit, Selbsteintrittsrecht, S. 200.

§ 6.

Die Abgrenzung der Erfüllungshaftung von der sog. Delkrederehaftung (§ 394) einerseits und der Selbsteintrittshaftung (§ 400 ff. HGB.) andererseits.

Wir müssen nun die Haftung des Kommissionärs aus § 384 Abs. 3 HGB. im Vergleich mit der sonst noch im Gesetz vorgeschriebenen verschärften Haftung desselben betrachten, um die verschiedenen Arten dieser Haftung zu unterscheiden und von einander abzugrenzen. Bei der Haftung des Kommissionärs „für Erfüllung des Geschäfts" auf Grund von § 384 Abs. 3 HGB. wird vorausgesetzt, daß der Kommissionär in erster Linie für die Erfüllung und — nach Abtretung seiner Forderung gegen den Dritten — als Gesamtschuldner mit diesem, also in gleicher Reihe mit ihm, haftet.

Bei der sog. Delkrederekommission haftet der Kommissionär gemäß § 394 Abs. 1 HGB. „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten," mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt.

Voraussetzung für diese Art der Haftung ist also in erster Reihe der Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten, für dessen Verbindlichkeiten aus dem Geschäft der Kommissionär eine akzessorische Haftung übernimmt. Er haftet also erst in zweiter Reihe neben und mit dem Dritten nach Art eines Bürgen.

Hat der Kommissionär mit einem Dritten überhaupt nicht abgeschlossen, so kann er natürlich auch nicht für die Verbindlichkeit desselben haften.

Er haftet dann allenfalls vielleicht, wenn er zum Abschluß verpflichtet war, aber den Weisungen des Kommittenten nicht nachgekommen ist, auf Schadensersatz, keinesfalls aber auf Erfüllung. — Ganz anders der sog. „selbsthaftende" Kommissionär, der in diesem Falle, wie wir oben (S. 15) gesehen haben, für die Erfüllung eines Geschäfts haftet, wie es ein sorgfältiger Kommissionär hätte abschließen müssen. Die Haftung aus dem Delkredere geht an sich über die normalen Verpflichtungen des Kommissionärs insofern, als dieser auch für die Gefahr der Insolvenz des Schuldners einzustehen hat, was bei der sog. Erfüllungshaftung aus § 384 HGB. nicht in Frage kommt.

Der Delkrederekommissionär haftet also nicht schlechthin für die Erfüllung eines bestimmten Geschäfts, sondern nur für die Verbindlichkeiten einer bestimmten Person, nämlich des „Dritten", mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt.

Ohne Abschluß eines Ausführungsgeschäfts mit einem „Dritten" gibt es also keine Delkrederehaftung.

Ganz anders liegt der Sachverhalt bei der sog. Selbsteintrittshaftung.

Zwar haftet auch der als sog. Selbstkontrahent eingetretene Kommissionär für die Erfüllung des Geschäfts, aber nicht als Folge der Verschweigung des Drittkontrahenten, sondern auf Grund der Tatsache seines Selbsteintritts, wobei ihm rechtlich vom Gesetz (§§ 400, 403 HGB.) die Stellung eines Käufers bezw. Verkäufers eingeräumt und ein Anspruch auf die Provision und seine Unkosten ausdrücklich zugebilligt wird. (§ 403 HGB.)

Denn der Selbsteintritt ist nur eine besondere Art der Ausführung der Kommission, nicht ein Surrogat für eine unterbliebene oder irreguläre Ausführung des Kommissionsauftrages.

Die Erfüllungshaftung dagegen und die aus ihr hervorgehende Erfüllungstätigkeit des Kommissionärs ist im Gegensatz dazu keine Ausführung der Kommission, was sich besonders klar dann zeigt, wenn der Kommissionär mit einem Dritten überhaupt nicht abgeschlossen hat. Denn da es in diesem Falle an einem Abschluß fehlt, so kann auch keine Ausführung dieses nicht abgeschlossenen Geschäfts in Frage kommen.

Eine Erfüllungshaftung kann also nur bei der sog. regulären Ausführung der Kommission oder bei überhaupt unterlassener Ausführung eintreten, — niemals dagegen in Verbindung mit dem Selbseintritt, der als eine besondere Art der Erledigung der Kommission gilt, wie wir näher noch weiter unten darlegen werden.

Eine Erfüllungshaftung ist schließlich juristisch auch keine Art einer Bürgschaft. Denn da der Kommissionär hierbei selbst haftet, und zwar unabhängig von einem Dritten, mit dem er oft gar nicht abgeschlossen hat, so fehlt es an dem Hauptschuldner, ohne den eine Bürgschaft nicht denkbar ist.

Die Erfüllungshaftung ist also ein juristisches Gebilde eigener Art und beruht auf einem vom Gesetz gewissermaßen fingierten Vertrage, wie Breit[43]) zutreffend bemerkt, und zwar wird dabei unterstellt, daß der Kommissionär infolge eines rechtlichen Mangels oder Fehlers, den er sich bei der Abwickelung seines Auftrags zuschulden komme läßt, als Mandatar für die Erfüllung eines Geschäftes haftet — und auch haften will —, für das an sich ein Dritter haftbar sein würde, wenn derselbe vom Kommissionär namhaft gemacht worden wäre.

Die Erfüllungshaftung kann demnach mit Recht als ein contractus fictivus sui generis juristisch bezeichnet werden.

---

[43]) Breit, Selbsteintrittsrecht, S. 194.

Es erübrigt jetzt nur noch, die Erfüllungshaftung und die Delkrederehaftung in ihren Einzelheiten von einander zu unterscheiden.

§ 7.

Das Wesen der sog. Delkrederehaftung des Kommissionärs.

Für den Fall, daß ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten vom Kommissionär abgeschlossen ist, haben Staub [44]) und Cosack [45]) mit Unrecht von einer „gesetzlichen" Delkrederehaftung des Kommissionärs gesprochen, wenn dieser infolge unterlassener Namensnennung auf Erfüllung des Geschäfts nach § 384 Abs. 3 HGB. haftbar gemacht wird.

Es ist deshalb erforderlich, um das Unrichtige dieser Annahme nachzuweisen, zunächst das Wesen und die Voraussetzungen einer Delkredehaftung näher zu untersuchen.

Nach § 394 Abs. 1 HGB. [46]) hat der Kommissionär für „die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten" unter ganz bestimmten Voraussetzungen einzustehen, nämlich:

1. dann, wenn dies von ihm ausdrücklich übernommen oder
2. wenn es am Ort seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Maßgebend für den Umfang der Haftung des Kommissionärs ist also der Umfang der Haftung bezw. der Verbindlichkeit des Dritten. Das Gesetz hat in Abs. 2 von § 394 HGB. den Umfang dieser Haftung noch näher dahin begrenzt, daß der Kommissionär, der für den Dritten „einzustehen" hat, dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkt der Fälligkeit „unmittelbar" insoweit verhaftet ist, „als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann."

Während also der Kommissionär regelmäßig nicht zu vertreten hat, daß der Dritte, mit dem er das Ausführungsgeschäft abschließt, seine Verbindlichkeiten erfüllt, bedeutet die sog. Delkrederekommission des § 394 HGB. eine Erweiterung der Haftung des Kommissionärs dahin, daß dieser gegen ein besonderes Entgelt, die sog. „Delkredereprovision" [47]) des § 394 Abs. 2 HGB., für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen hat.

Was nun die Voraussetzung für diese erweiterte Haftung betrifft, so ist zu unterscheiden,

---

[44]) Vgl. § 384 HGB., Anm. 38.
[45]) Cosack, S. 166.
[46]) Diese Vorschrift entspricht im wesentlichen dem Artikel 370 des alten HGB.
[47]) Delkredere = wörtlich „vom Kreditieren", entstammt dem italienischen Handelsverkehr. Grünhut, S. 345/346.

a) ob sie vom Kommissionär (ausdrücklich oder stillschweigend) übernommen oder ob sie

b) Handelsgebrauch am Orte seiner Niederlassung ist.

1. Die Delkredere vereinbarung.

Die Delkredere vereinbarung ist formfrei und kann ausdrücklich, stillschweigend oder durch konkludente Handlungen vorgenommen werden.

Als eine ausdrückliche Vereinbarung ist im Zweifel die Abrede einer „Delkredereprovision" zu betrachten.[48]) Auch in der Vereinbarung einer höheren als der üblichen Povision kann stillschweigend eine Delkredereprovision und deshalb ein Delkrederestehen des Kommissionärs erblickt werden. Ob eine höhere als die übliche Kommissionsprovision vereinbart ist, ist Tatfrage und läßt sich nur auf der Basis der am Orte der Niederlassung des Kommissionärs herrschenden gebräuchlichen Provisionssätze entscheiden.

Die Uebernahme des Delkredere ist kein selbständiger Vertrag, sondern eine Vereinbarung innerhalb des Rahmens des Kommissionsvertrages. Ein bestimmter Zeitpunkt für eine derartige Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben. Infolgedessen kann das Ausbedingen auch nach Abschluß des Kommissionsvertrages und u. a. auch dadurch stillschweigend erfolgen, daß vom Kommissionär einfach eine höhere als die übliche Provision in Rechnung gestellt wird.[49]) Andrerseits ergibt die Nichtberechnung einer besonderen Delkredereprovision nicht ohne weiteres das Nichtvorliegen einer Delkrederehaftung.[50]) In Zweifelsfällen muß auf Grund der Vorschriften der §§ 346 HGB. und 133 und 157 BGB. entschieden werden. Das Delkredere kann auf eine bestimmte Zeit und auch auf eine bestimmte Summe beschränkt werden.[51])

2. Der Handelsgebrauch am Orte der Niederlassung.

Im Gegensatz zu der Vereinbarung, die eine freiwillige Uebernahme des Einstehens für die fremde Verbindlichkeit voraussetzt, steht die Delkrederehaftung kraft Handelsgebrauchs. Diese stellt einen Fall der stillschweigenden Uebernahme dar und tritt selbst ohne den Willen des Kommissionärs ein, wenn der Handelsgebrauch am Orte seiner Niederlassung besteht. Was im einzelnen an einem bestimmten Ort

[48]) Ebenso: Makower zu § 394, Anm. I b, 1; Lehmann-Ring zu § 394, Anm. 4a; Dür.-Hach. zu § 394, Anm. 4; Mosse-Heymann, § 394, Anm. 2.

[49]) Dür.-Hach., § 394, Anm. 4.

[50]) Vgl. RG. 20, S. 113.

[51]) Makower zu § 394 HGB., Anm. I b, 1.

als Handelsgebrauch anzusehen ist, entscheiden die kaufmännischen Organisationen (Handelskammern u. dergl.) oder die Interessenverbände.

Der Handelsgebrauch ist jedoch nicht zwingendes Recht. Er gilt nur dann, wenn von den Parteien nichts anderes vereinbart ist, so daß der Kommissionär diese Art der Haftung ausschließen kann, wenn er sie nicht wünscht.

Die Delkrederehaftung kraft Handelsgebrauch tritt selbst dann ein, wenn der Kommittent nicht Kaufmann ist oder das Geschäft für ihn aus irgend welchen Gründen kein Handelsgeschäft ist.[52])

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß, wenn ein Handelsgebrauch nicht ermittelt werden kann, in Zweifelsfällen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entschieden werden muß.

Keinesfalls erfolgt das Delkrederestehen unmittelbar kraft Gesetzes. Vielmehr ist Voraussetzung stets eine Uebernahme, die beim Bestehen eines Handelsgebrauchs allerdings im allgemeinen als stillschweigend vorhanden vorausgesetzt wird.

Wenn Cosack[53]) und Staub[54]) also, wie oben erwähnt, in dem Falle, daß der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen hat, und diesen nicht benennt, eine „gesetzliche" Delkrederehaftung des Kommissionärs als gegeben annehmen, so ist diese ihre Ansicht um deswillen unrichtig, weil der Delkrederekommissionär für die „Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten" insoweit einzustehen hat, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis mit dem Dritten gefordert werden kann, während der „selbst" haftende Kommissionär in diesem Falle nicht allein für das einzustehen hat, was der Dritte aus dem Ausführungsgeschäft schuldet, sondern darüber hinaus noch für alle die Verpflichtungen haftet, die er pflichtgemäß dem Dritten hätte auferlegen müssen.

Und im übrigen gibt es, wie wir oben bereits festgestellt haben, eine sog. „gesetzliche" Delkrederehaftung überhaupt nicht, — also auch nicht für den Kommissionär, der auf Erfüllungshaftung in Anspruch genommen wird.

§ 8.

Die Rechtswirkungen der Delkrederehaftung nach § 394 HGB.

Ueber das Wesen und die Rechtswirkungen der Delkrederehaftung ist von jeher viel gestritten worden.

In der Zeit vor dem neuen Handelsgesetzbuch ist die sog. Bürgschaftstheorie, als deren Hauptvertreter Grünhut an-

[52]) Ebenso Makower zu § 394 HGB. I b, 2; Dür.-Hach. zu § 394 HGB., Anm. III b.

[53]) Cosack, a. a. O.

[54]) Staub zu § 384, Anm. 38.

zusehen ist, herrschend gewesen, und dieser Ansicht haben sich damals auch die obersten Gerichte angeschlossen.

Wir müssen uns deshalb zunächst mit dieser Theorie hier auseinandersetzen. Nach Grünhut liegt in der Delkrederevereinbarung der Abschluß eines kaufmännischen Bürgschaftsvertrages, was er wie folgt erklärt: [55])

> „In der Delkrederevereinbarung liegt neben dem Kommissionsvertrage und ohne Umformung der juristischen Natur dieses Vertrages, insbesondere ohne Umänderung der rechtlichen Beziehungen zwischen Kommittenten und Kommissionär, der Abschluß usw. eines kaufmännischen Bürgschaftsvertrages (Art. 281 Abs. 2, Art. 273) resp. der Kommissionär wird, wo das stare del credere nicht Folge einer besonders darauf gerichteten Vereinbarung ist, unter Umständen ipso jure als kaufmännischer Bürge angesehen."

Diese Ansicht gründet Grünhut auf Art. 368 Abs. 2 des alten HGB., wonach die Forderung des Kommissionärs gegen den, mit dem er abgeschlossen hat, auch wenn sie noch nicht abgetreten ist, als Forderung des Kommittenten gilt. Grünhut folgert daraus, daß sie „juristisch vollkommen geeignet" sei, als „Hauptschuld oder Objekt einer Bürgschaft des Kommissionärs zu fungieren."

Die gleiche Ansicht vertritt übrigens auch Goldschmidt [56]) und das ROHG.[57])

Mit Recht hebt Entzian [58]) hervor, daß es sich bei dem dem § 392 Abs. 2 des neuen HGB. entsprechenden Art. 368 des alten HGB. um eine „fiktive" Sonderbestimmung handele, die dem Recht des Kommissionsgeschäfts mit seiner indirekten Stellvertretung des Auftragsgebers eigentümlich sei. Zweck dieser Fiktion sei der Schutz des Kommittenten vor Abtretung der Forderung durch den Kommissionär im Falle des Konkurses des letzteren (vergl. oben S. 9), wo dessen zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen gegen den Dritten nicht zur Konkursmasse gehören und ausgesondert werden müssen.[59])

Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB. besagt also ausdrücklich, daß die Forderungen des Kommissionärs nicht Forderungen des Kommittenten sind oder w e r d e n, sondern nur, daß

---

[55]) Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels, S. 349, 350.
[56]) Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 23, S. 328.
[57]) ROHG. 5, S. 354, 355.
[58]) Entzian, Die Delkederekommission des § 394 HGB. Greifswald 1917, S. 21.
[59]) v. Werthern, Die Rechtsstellung des Kommittenten im Konkurse des Einkaufs- bezw. Verkaufskommissionärs. Inaug.-Diss. Leipzig 1906, S .36; Jaeger, § 43 KO., Anm. 48; Cosack, S. 168 unt. b.

sie im Innenverhältnis zwischen beiden als Forderungen des Kommittenten g e l t e n sollen.

Die gesetzliche Fiktion schafft also nicht irgend welche rechtswirksame Beziehung zwischen dem Kommittenten und dem Dritten, sondern will nur verhindern, daß fremde Gläubiger sich etwa an den Forderungen oder sonstigen Rechten, die der Kommissionär für fremde Rechnung erworben hat, und die materiellrechtlich Eigentum seines Auftraggebers sind und bleiben müssen, grundlos bereichern. Die gesetzliche Bestimmung des § 392 HGB. wirkt auch ganz unabhängig davon ein, ob etwa der Kommissionär das Delkredere übernommen hat oder nicht.

Infolgedessen kann man aus dieser ganz singulären, lediglich zum Schutz des Kommittenten vom wirtschaftlichen Standpunkt gerechtfertigten Bestimmung nicht die Folgerung ziehen, die Grünhut daraus abzuleiten versucht und sie insbesondern nicht auf ganz anders geartete Rechtsverhältnisse, wie hier das Delkrederestehen anwenden. Denn eine Obligation kommt durch den Abschluß des Kommissionärs mit einem Dritten n u r zwischen diesen Parteien zustande, und der Kommittent hat gegen den Dritten vor der Abtretung der Forderung keinerlei Rechte, wenngleich im Innenverhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten der erstere auch vor der Abtretung der Forderung an den Dritten über dieselbe nicht verfügen darf. Mithin ist es nicht gut denkbar, den Kommissionär, der das Delkredere übernommen hat, als B ü r g e n hinzustellen; denn es fehlt doch an dem wichtigsten Erfordernis jeder Bürgschaft, nämlich an der Hauptschuld, für welche die Bürgschaft zu übernehmen wäre. Gläubiger aus dem Ausführungsgeschäft ist und bleibt v o r Abtretung der Forderung allein der Kommissionär, und da es, wie wir gesehen haben, sehr häufig zu einer Abtretung der Forderungen gar nicht kommt, weil der Kommissionär den Namen des Dritten verschweigt und seine Haftung vorzieht, so tut Grünhut mit seiner erzwungenen Auslegung des Art. 368 Abs. 2 des alten HGB. dieser Gesetzesbestimmung Gewalt an; denn der Kommittent ist nun einmal weder juristisch noch moralisch der alleinige Gläubiger des Dritten, sondern er hat nur auf Grund von § 384 Abs. 2 HGB. einen Herausgabeanspruch auf alles das, was der Kommissionär aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, also auch auf die Forderung gegen den Dritten, die aber trotz dieses obligatorischen Anspruchs auf „Herausgabe" nach wie vor eine Forderung des K o m m i s s i o n ä r s bleibt, wenn und solange sie nicht von diesem abgetreten worden ist.

Für seine eigene Forderung gegen den Dritten kann aber der Kommissionär schlechterdings keine „Bürgschaft" übernehmen.

Aber auch selbst nach Abtretung der Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten ist das Delkrederestehen des letzteren immer noch nicht identisch mit der „Bürgschaft" des BGB. oder HGB., wenngleich bei oberflächlicher Betrachtung das äußere Bild derselben vorzuliegen scheint. Es wäre, wie Entzian[60]) mit Recht betont, völlig verfehlt, „aus dieser zweifellos vorhandenen Uebereinstimmung einzelner und auch wichtiger Merkmale" nun etwa eine völlige Kongruenz beider Rechtsinstitute herzuleiten und damit die herrschenden Vorschriften der Bürgschaft nun einfach unterschiedslos auch für das Delkrederestehen zu übertragen. Und zwar aus folgenden Gründen:

Zunächst einmal berührt die Uebernahme des Delkredere nicht das Kommissionsgeschäft in seiner Gesamtheit, sondern nur das sog. Ausführungsgeschäft mit dem Dritten. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Dritten wird dadurch in keiner Weise berührt oder geändert.

Wäre ferner die Delkredereübernahme gleichbedeutend mit der Bürgschaftshaftung, so müßte der Kommissionär als Kleingewerbetreibender (§ 4 HGB.) gegenüber dem von ihm auf Grund seines Delkrederestehens in erster Reihe („unmittelbar") Erfüllung fordernden Kommittenten die Einrede der Vorausklage — das wichtigste Recht des echten Bürgen — haben. Diese Einrede hat er nach dem ganz klaren und unzweideutigen Wortlaut des Absatzes 2 von § 394 HGB. jedoch nicht! Denn er haftet „unmittelbar", d. h. als Selbstschuldner, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten.

Endlich ist ein dritter und wesentlicher Unterschied zwischen Delkrederehaftung und Bürgschaft auch noch die Form der Uebernahme. Denn während der Delkrederevertrag stets und grundsätzlich formlos ist, bedarf die Bürgschaftsübernahme regelmäßig[61]) der Schriftform.

Aus der Ablehnung der Bürgschaftstheorie ergibt sich als wichtigste Folge, daß die §§ 771—775 BGB., welche die Bürgschaftshaftung betreffen, auf die Delkrederevereinbarung keine Anwendung finden. Ebensowenig kommt eine Anwendbarkeit der §§ 767 und 768 Abs. 1 und 2 BGB. in Betracht. — Nun soll nach der Auffassung von Düringer-Hachenburg[62]) das Delkredere „eine Art der Garantiezusage" sein. Auch diese Ansicht ist irrtümlich.

Das Reichsgericht hat bezüglich der Abgrenzung der Bürgschaft von der sogen. Garantiezusage (Garantieüber-

---

[60]) Entzian, a. a. O., S. 23, 34.

[61]) Die Bestimmung des § 350 HGB. stellt nur eine Ausnahme des Regelfalls für eine besondere Kategorie von Kaufleuten dar.

[62]) Dür.-Hach., § 394, Anm. 2; ebenso: Port, Rechtl. Natur der Delkrederehaftung. Inaug.-Diss. Heidelberg 1909, S. 34 unt. 5.

nahme, Garantievertrag) in ständiger Rechtsprechung an den in Bd. 72 niedergelegten Grundsätzen festgehalten.[63]) Dortselbst ist ausgeführt:

„In der Rechtsprechung steht fest, daß eine Bürgschaft und die Uebernahme der Garantie für die Güte der Forderung in einem Zessionsvertrage ungeachtet ihres gemeinsamen wirtschaftlichen Zwecks, die Befriedigung des Gläubigers zu sichern, zwei ihrer rechtlichen Natur nach verschiedene Vertragsarten darstellen. Die Bürgschaft besteht in der Uebernahme einer Haftung für eine fremde Schuld; sie setzt eine Forderung voraus, sie ist daher wesentlich akzessorischer Natur, ein Nebenrecht. Dagegen begründet die vertragsmäßige Gewährleistung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung (§§ 438, 365 BGB.) eine eigene, aus dem Veräußerungsgeschäfte sich ergebende Verbindlichkeit, die ihre Wirkung namentlich auch für den Fall äußert, daß die abgetretene Forderung gar nicht existiert."

Alles, was das Reichsgericht hier über den Unterschied zwischen Bürgschaft und Garantievertrag sagt, ist analog auch auf den Unterschied zwischen Delkrederevertrag und Garantiezusage anzuwenden. Während jener nur eine Verpflichtung für den Kommissionär begründet, insoweit einzustehen, als Erfüllung von Dritten gefordert werden kann, ist die Garantiezusage n i c h t akzessorischer Natur, sondern ein selbständiger Vertrag, und sie zeigt ihre selbständige Natur gerade darin, daß sie ihre Wirksamkeit auch dann äußert, wenn die garantierte Forderung gar nicht besteht. Die Garantie wird ferner in der Regel nur für eine ihrer Höhe nach bestimmte Summe übernommen und bleibt bestehen, auch wenn die Hauptschuld später ganz oder teilweise fortfällt. Schließlich zeigt sich der Unterschied zwischen den beiden Instituten auch noch darin, daß die Garantie nur eine s u b s i d i ä r e Haftung erzeugt, während der Delkrederekommissionär primär und unmittelbar s o f o r t bei Fälligkeit der Schuld vom Kommittenten in Anspruch genommen werden kann, dieser somit nicht verpflichtet ist, wie der Garantieempfänger erst seine Befriedigung bei dem Dritten zu suchen.[64])

Die Haftung aus dem Garantievertrag ist sonach nicht identisch mit der Delkrederehaftung, sondern stellt sich teils als eine Beschränkung hinsichtlich ihrer Subsidiarität teils als eine Erweiterung der letzteren dar, insofern, als sie den Ga-

[63]) Vgl. RG. 72, S. 140.

[64]) Für die Annahme eines Garantievertrages hat sich außer Dür.-Hach. noch erklärt: Lehmann, S. 530.

ranten unabhängig vom Bestehen einer Hauptschuld für einen gewissen Erfolg, auch sogar für Zufall und Unmöglichkeit haftbar macht.

Hieraus folgt, daß mit und neben dem Delkredere auch noch die Garantie vom Delkrederekommissionär übernommen werden kann. Es würde dann an Stelle der Delkrederekommission ein Kommissionsvertrag mit Garantieübernahme treten.

Eine weitere sehr verbreitete Ansicht hat den Delkrederevertrag als Versicherung aufgefaßt und wollte deren Grundsätze auf jenen Vertrag anwenden. Der Hauptvertreter dieser Meinung, Thöl,[65]) führt hierüber aus:

> „Den Schaden, der den Gläubiger treffen kann, übernimmt oft ein Dritter gegen eine Vergütung. Er steht ein für die Gefahr aus der Kreditgebung, für den Kredit, er steht del credere. Das Geschäft ist eine Versicherung, die Vergütung, die Versicherungsprämie, heißt hier Delkredereprovision."

Auch diese Ansicht ist nicht haltbar, und zwar um deswillen nicht, weil der Versicherer in der Regel erst dann, wenn ein Schaden entstanden ist, einzustehen, die Versicherung also begrifflich den Ersatz eines Interesses zum Gegenstande hat, während das Delkrederestehen nicht Selbstzweck, sondern Nebenabrede neben einem Hauptvertrag, dem Kommissionsvertrage und ohne diesen undenkbar ist. Die Versicherung ist also auch subsidiärer Natur; der Versicherer kann auch nur, wenn der Versicherte erst vergeblich versucht hat, Ersatz seines Schadens bei dem Verursacher desselben zu erlangen, in Anspruch genommen werden, während der Kommittent sofort sich an den Delkrederekommissionär halten kann. Ein dritter Unterschied liegt schließlich noch — ähnlich wie bei der Bürgschaft — in der Formverschiedenheit beider Geschäfte.

Endlich und schließlich liegt in der Delkrederehaftung auch keine kumulative Schuldübernahme.

Zwar stimmt an sich nach Art, Form und Umfang der Haftung die Schuldübernahme mit dem Delkrederevertrag überein. Dennoch sind beide Geschäfte von einander verschieden, und zwar aus folgenden Gründen:

Der Schuldübernehmer tritt in eine schon bestehende Schuld ein und übernimmt diese durch besonderen Vertrag mit dem Gläubiger als Selbstschuld, während der Delkrederekommissionär für einen bestimmtne zukünftigen Erfolg eines von ihm selbst als Gläubiger mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfts seinem Auftraggeber, dem Kommittenten, einstehen will.

[65]) Thöl, Das Handelsrecht, Bd. 1, § 301.

Eine notwendige Folge jeder kumulativen Schuldübernahme ist ferner die Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses.

Wäre also der Delkrederevertrag weiter nichts wie eine Schuldübernahme, so müßte notwendigerweise ein Gesamtschuldverhältnis entstehen und der Delkrederekommissionär zusammen mit seinem Schuldner, dem Dritten, dem Kommittenten gegenüber als Gesamtschuldner haften.

Das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses muß jedoch verneint werden, und zwar sowohl für den Fall, daß der Kommissionär seine Forderung gegen den Dritten abgetreten, wie für den Fall, daß er dieselbe nicht abgetreten hat. Es fehlt in dieser Hinsicht hier sowohl die Gleichartigkeit des Schuldgrundes wie die Identität des Leistungszwecks. Der Dritte ist Schuldner aus dem Ausführungsgeschäft, während der Delkrederekommissionär aus der Uebernahme des Delkredere dafür einzustehen hat, daß der dritte Schuldner seiner — auf anderem Schuldgrunde ruhenden — Verpflichtung nachkommen wird. Der Leistungszweck beider Schuldner ist insofern ein verschiedener, als der Dritte eine bestimmte Leistung schuldet, der Delkrederestehende jedoch nicht diese Leistung an sich, sondern nur das Einstehen für die Erfüllung dieser Leistungsverpflichtung durch den Dritten schuldet. Oder wie Entzian [66]) es klar und zutreffend ausdrückt: Die Leistung des Dritten macht der Kommissionär durch die Uebernahme der Delkredere „nicht zu der seinigen." Der Schuldgrund für die Leistung des Delkrederehaftenden ist nicht, wie beim Dritten, der Ausführungs-, sondern allein der Delkrederevertrag.

Der Delkrederevertrag ist sonach, da er mit keiner einzigen der vorher erörterten Vertragsarten identisch ist, ein contractus sui generis, der nur in Verbindung mit einem Kommissionsgeschäft abgeschlossen werden kann.[67]) Rein wirtschaftlich betrachtet ist die Natur des Delkrederevertrages ganz klar und einfach: Der Kommissionär, der bereits an dem von ihm für den Kommittenten ausgeführten Geschäft in mehrfacher Hinsicht beteiligt ist, — und zwar nach der einen Seite, dem Dritten gegenüber, als Gläubiger, nach der anderen Seite, seinem Auftraggeber gegenüber, als Schuldner — soll nicht allein moralisch, sondern auch materiell für den Erfolg seiner wirtschaftlichen Tätigkeit einstehen und unter allen Umständen dem Kommittenten das Resultat derselben verschaffen.

Der Delkrederevertrag ist also eine Nebenabrede im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts, die eine akzessorische, verschärfte Haftung des Kommissionärs in Bezug auf die Er-

[66]) Entzian, a. a. O., S. 39.
[67]) Ebenso Entzian, a. a. O., S. 41.

füllung der Verbindlichkeit durch den Dritten zum Gegenstande hat.

Bei Erörterung des Wesens der Delkrederehaftung muß also vom Begriff des Kommissionsgeschäfts ausgegangen und daran festgehalten werden, daß durch die Delkredereübernahme der Charakter der Kommission als eines Auftragsverhältnisses in keiner Weise geändert wird. Es bleibt also nach wie vor dem Kommittenten die Möglichkeit vorbehalten, vom Kommissionär die Abtretung der Hauptforderung gegen den Dritten zu verlangen und das Ausführungsgeschäft mit diesem selbst abzuwickeln.

Notwendige Voraussetzung für ein Delkrederestehen ist also zunächst der Abschluß eines Ausführungsgeschäfts. Kommt es nicht zu einem solchen, weil der Kommissionär sofort als Selbstkontrahent eintritt, so kann ein Wirksamwerden des Delkredere nicht mehr in Frage kommen.[68]) Umgekehrt wird aber durch die von vornherein vereinbarte Delkredereübernahme der Eintritt als Selbstkontrahent nicht ausgeschlossen.[69])

Die Wirkung der Delkrederehaftung zeigt sich nun zunächst darin, daß mit dem Abschluß des Ausführungsgeschäfts sofort die „unmittelbare" Haftung des Kommissionärs einsetzt, und zwar „insoweit", als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis vom Dritten gefordert werden kann. Die „unmittelbare" Haftung bedeutet, daß der Kommittent den Kommissionär „persönlich" in Anspruch nehmen und dieser sich nicht, wie ein gewöhnlicher Kommissionär darauf berufen kann, daß er die Forderung bereits abgetreten habe. Denn mit der Abtretung der Forderung wird der Kommissionär von seiner Verbindlichkeit nicht befreit.[70]) Auch nach Abtretung der Forderung bleibt es vielmehr dem Kommittenten überlassen, welchen von beiden Schuldnern er in Anspruch nehmen will. Kann er vom Drittschuldner keine oder keine ausreichende Befriedigung erlangen, so steht es ihm frei, sich sofort an den Kommissionär zu halten.

Andererseits hat es der Kommittent in der Hand, auch sofort, d. h. mit Eintritt der Fälligkeit der Hauptforderung, den Kommissionär haftbar zu machen, ohne daß dieser etwa den Einwand der Vorausklage geltend machen könnte.[71])

Die unmittelbare persönliche Haftung des Delkrederekommissionärs war im alten HGB. in Abs. 2 des Art. 370 noch ausdrücklich durch die Worte: „und persönlich" betont

---

[68]) Vgl. Dür.-Hach. zu § 394, Anm. 3.
[69]) Dür.-Hach., a. a. O., und Brand, § 394 HGB., Anm. 1; ROHG. 19, S. 52 ff.
[70]) Vgl. ROHG. 9, S. 233; u. 19, S. 55.
[71]) Staub zu § 394, Anm. 4; Makower zu § 394, Anm. II c.

worden. Dieser Zusatz ist dann bei der Neuredigierung fortgelassen worden. Materiell begrenzt ist die Haftung des delkrederestehenden Kommissionärs durch den Umfang und Inhalt der Verpflichtungen des Dritten aus dem Vertragsverhältnis des Ausführungsgeschäfts, und zwar nicht allein, wie diese sich im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung, sondern auch im Laufe der Abwicklung des Geschäfts ergeben.[72])

Der Kommissionär haftet also insoweit, aber auch nur *soweit*, als Erfüllung vom Dritten verlangt werden kann. Dem Kommissionär stehen mithin auch die gleichen Einwendungen zu wie dem Dritten, vorbehaltlich natürlich seiner sonstigen Haftung aus dem Kommissionsverhältnis,[73]) sofern die Einwendungen nicht auf ein Verschulden des Kommissionärs selbst zurückzuführen sind.[74]) Der Kommissionär haftet also insbesondere, falls der Dritte mangelhaft geliefert hat, für alle Ansprüche des Kommittenten auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz. Ebenso haftet er — und dieser Fall ist in der Praxis der häufigste — für einen etwaigen Ausfall, wenn der Kommittent nicht oder nicht voll befriedigt wird. Andererseits stehen dem Kommissionär, wie bereits erwähnt, auch die Einreden des Dritten zu, wenn dieser etwa das Geschäft anfechten oder die Erfüllung dauernd oder zeitweilig verweigern kann. Ebenso wird der Kommissionär durch eine Unmöglichkeit der Leistung des Dritten befreit.[75]) (§ 275 BGB.) Denn mit Wegfall der Verbindlichkeit des Dritten erlischt auch die Delkrederehaftung. Infolgedessen ist es unrichtig, zu behaupten, der Delkrederekommissionär hafte für das „Nichterfüllen*können*“ und für das „Nichterfüllen*wollen*“ des Dritten.[76]) Abgesehen von dem Falle der Unmöglichkeit haftet aber allgemein der Kommissionär doch auch, wenn der Dritte leisten kann und will. Denn der Kommittent kann sich ja, wie wir oben gesehen haben, nach Belieben sofort bei Fälligkeit der Hauptforderung an den Kommissionär halten, ohne daß dieser ihn an den Dritten zurückverweisen darf.

§ 9.

Die Selbsteintrittshaftung des Kommissionärs.

Nunmehr wäre noch auf die besonderen Unterschiede zwischen dem Selbsteintritt und der Erfüllungshaftung einerseits und auf die Wirkung des Selbsteintritts mit Bezug auf die Delkrederehaftung andererseits näher einzugehen.

---

[72]) Entzian, a. a. O., S. 43, Dür.-Hach., § 394, Anm. 8.
[73]) Dür.-Hach., § 394, Anm. 9.
[74]) Dür.-Hach., a. a. O.; Makower, § 394, Anm. II ff.
[75]) Entzian, S. 44; Makower, § 394 HGB., Anm. II f.
[76]) Protokolle, S. 710; — vgl. Makower, § 394, Anm. II f.

Zu diesem Zweck müssen wir vorweg noch kurz das Wesen und die Wirkungen des Selbsteintritts sowie die Voraussetzungen für die Zulässigkeit desselben erörtern. Das Handelsgesetzbuch kennt zwei Arten der Ausführung des Kommissionsgeschäfts, die sog. reguläre Ausführung nach § 384 HGB. durch Abschluß und Abwicklung des Ausführungsgeschäfts mit einem Dritten und die Ausführung durch den sog. Selbsteintritt des Kommissionärs nach § 400 HGB.

Als Regel- und Normalfall gilt die erstere Art der Ausführung, weil die Ausübung des Selbsteintrittrechts vom Gesetz an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, wie wir gleich sehen werden.

§ 400 HGB. enthält die für den Selbsteintritt vorgeschriebenen Voraussetzungen. Nach dieser Gesetzesbestimmung steht es dem Kommissionär beim Einkauf oder Verkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgesetzt wird, frei — falls der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat — sich diesem selbst als Kontrahent anzubieten und das Ausführungsgeschäft „in sich selbst" und mit sich selbst als Käufer oder Verkäufer abzuschließen. Diese Art der Kommissionsausführung bezeichnet das Gesetz als Ausführung durch Selbsteintritt.[77])

Unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs mit seinem unklar gehaltenen Artikel 376 Abs. 1 gingen die Ansichten über das Wesen und die juristische Konstruktion des Selbsteintritts in der Theorie und Praxis weit auseinander. Und zwar machten sich zwei Haupttheorien besonders bemerkbar: nämlich die sog. Offertentheorien und die Grünhutsche Theorie.

Während nach jenen Theorien[78]) durch den Selbsteintritt ein von der Kommission verschiedenes Geschäft, ein Kaufkontrakt, entsteht, bestreitet Grünhut ausdrücklich die Entstehung eines solchen, betont vielmehr, daß das Kommissionsverhältnis auch n a c h dem Selbsteintritt des Kommissionärs nach wie vor weiter bestehe und protestiert dagegen, daß dieser durch seinen Selbsteintritt berechtigt sein solle, den Kommittenten selbst als Käufer oder Verkäufer in das aufgetragene Geschäft hineinzuzerren.[79]) Grünhut vertritt dabei den Standpunkt, daß, da der Kommissionär das ihm aufgetragene Geschäft nicht mit einem Dritten, sondern gewissermaßen mit sich selbst abschließe, er so zu behandeln sei, „als ob er in sei-

[77]) § 401, Abs. 1, § 404 HGB.
[78]) Vgl. über die Einzelheiten bezügl. dieser Theorien Breit, Selbsteintrittsrecht, S. 49—56.
[79]) Grünhut, S. 485 u. S. 490.

ner Person die doppelte Eigenschaft des Käufers und Verkäufers vereinige." [80])

Wenngleich sich durch diese Theorie einzelne Wirkungen des Selbsteintritts auf das Kommissionsverhältnis erklären lassen, ist deren Rechtsgrundlage mit Breit als verfehlt um deswillen zu bezeichnen, weil bei den Offertentheorien eine in Wahrheit nicht vorliegende Offerte als fingiert substituiert werden muß, der Grünhutschen Theorie aber der klare Wortlaut des § 181 BGB. entgegensteht, wonach ein Vertreter nicht mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornehmen darf, was natürlich analog auch von der sog. indirekten Stellvertretung gilt.

Die Wahrheit liegt auch bei diesem Streit um die Rechtsnatur des Selbsteintritts in der Mitte. Denn es versteht sich von selbst, daß dem Kommittenten nicht gegen seinen Willen durch den Selbseintritt des Kommissionärs ein Geschäft anderen Inhalts aufgedrängt werden kann, als es vom Kommissionär mit dem Dritten geschlossen werden sollte.

Andererseits war dem Kommittenten in der Regel an der Namensnennung des ihnen häufig völlig unbekannten Dritten nichts gelegen, wenn der wirtschaftliche Effekt der Transaktion erreicht wurde, wobei es ihnen oft angenehmer war, die Abwicklung des Geschäfts den ihnen bekannten Kommissionär anstelle des ihnen unbekannten Dritten vornehmen zu lassen.

Indem der Gesetzgeber diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte berücksichtigte, hat er sich bei Erlaß des Börsengesetzes und im Anschluß daran des neuen HGB. der Ansicht angeschlossen, nach welcher der Selbsteintritt auf der einen Seite eine Ausführung der Kommission, auf der anderen ein direktes Kaufverhältnis zwischen den Parteien darstellt.

Es kann demnach für das Recht des neuen HGB. der ganze Streit um die rechtliche Konstruktion des Selbsteintritts auf sich beruhen bleiben.

Da eine eingehende Erörterung des Wesens, der Voraussetzungen und Wirkungen des Selbsteintritts des Kommissionärs nicht zum Gegenstand dieser Abhandlung gehört, so sei in diesem Zusammenhange nur erwähnt, daß der Kommissionär beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen das Selbsteintrittsrecht durch eine entsprechende Erklärung, die sog. Ausführungsanzeige, geltend machen kann bezw. geltend machen muß. (§ 405 HGB.)

Nach § 384 Abs. 2 HGB. hat der Kommissionär dem Kommittenten von der Ausführung der Kommission „unverzüglich" Anzeige zu machen.

---

[80]) Grünhut, a. a. O.

Bei der sog. regulären Abwickelung hat diese sog. Ausführungsanzeige nur die Bedeutung eines Berichts, wie wir oben (S. 16) bereits festgestellt haben. Bei der Abwickelung der Kommission durch Selbsteintritt des Kommissionärs bildet dagegen die Ausführungsanzeige in Verbindung mit der Eintrittserklärung einen relevanten Teil der Ausführung selbst! Beide Erklärungen, die streng auseinander zu halten sind, brauchen zeitlich nicht zusammenzufallen. Vielmehr kann die Ausführungsanzeige der Eintrittserklärung vorangehen. Mit Recht weist deshalb Breit[81]) darauf hin, daß die bekannten „allgemeinen" Geschäftsbedingungen der Banken die Klausel enthalten, daß die Banken ihren Kunden gegenüber stets als Selbstkontrahenten gegenübertreten und als solche ohne eine besondere Eintrittserklärung prinzipiell gelten wollen, so daß zur Wirksamkeit dieser generellen Eintrittserklärung nur noch die Ausführungsanzeige hinzuzutreten braucht, die dann, wie Breit zutreffend ausführt, mit der vorausgegangenen Eintrittserklärung „begrifflich eine Einheit" bildet.

Maßgebend für die Wirksamkeit des Selbsteintritts ist allein der Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige. Hierbei bildet der „Börsen- oder Marktpreis der Ware", der die Voraussetzung für die Befugnis zum Selbsteintritt ist, gleichzeitig auch den präsumtiven Kaufpreis des nunmehr zustande gekommenen Kaufgeschäfts, und es gilt als allgemein herrschender Grundsatz, daß als Kaufpreis der Börsen- oder Marktpreis desjenigen Zeitpunktes zu betrachten ist, in dem im Falle regulärer Kommissionsabwicklung ein sorgfältig handelnder Kommissionär das Ausrichtungsgeschäft mit dem Dritten abgeschlossen haben würde.

Die eigenartige Wirkung des Selbsteintritts und das Moment, wodurch er sich grundsätzlich von der regulären Kommissionsabwickelung unterscheidet, liegt nun in der gesetzlich festgelegten Modifikation der Rechenschaftspflicht, was eine logische Folge davon ist, daß der Kommissionsvertrag jetzt nicht mehr zwischen drei, sondern nur noch zwischen zwei Beteiligten abgewickelt wird. Oder, wie Staub[82]) die Wirkung kurz und klar präzisiert hat:

> „Der Selbsteintritt besteht in der Erklärung des Kommissionärs, das entgegengesetzte Geschäft, als das ihm aufgetragene, mit dem Kommittenten schließen zu wollen."

Mit dieser präzisen Definition ist zugleich klargelegt, daß infolge des Selbsteintritts nun auch wirklich ein Kaufgeschäft

---

[81]) Breit, S. 91.
[82]) Staub, Anm. 2 zu § 400 HGB.

zwischen den Kontrahenten zustande gekommen ist, und daß die Vorschriften über den Kaufvertrag auf ihr beiderseitiges Verhältnis anzuwenden sind, soweit nicht die Vorschriften über den Kommissionsvertrag etwas anderes bestimmen.

Wenden wir nun die hier dargelegten Grundsätze auf die Vorschriften der §§ 384 und 394 HGB. an, so gelangen wir zu folgenden Schlußfolgerungen:

Nach der ganzen Stellung im System und nach dem historischen Werdegang der §§ 400 ff. als Ersatz für die §§ 70 ff. des alten Börsengesetzes handeln die genannten §§ 384 und 394 HGB. nur von dem sog. regulären Fall der Abwickelung durch Abschluß eines Ausrichtungsgeschäfts mit einem Dritten, und der Fall des Selbsteintritts hat seine besondere Regelung in den dann nachfolgenden Bestimmungen der §§ 400 ff. gefunden.

Schon die Börsen-Enquete-Kommission hatte darauf hingewiesen, daß zwischen den Begriffen der „Selbst"haftung und des „Selbsteintritts" ein wesentlicher Unterschied bestehe. Daher wurde auch der Ausdruck des alten HGB. „in Anspruch nehmen" durch das Wort „haften" ersetzt.

In der Tat ist die Erfüllungshaftung aus § 384 HGB. etwas von dem Selbsteintritt nicht nur begrifflich, sondern auch inhaltlich völlig Verschiedenes. Zwar haften beide, sowohl der selbst erfüllende Selbsteintreter wie der auf Erfüllung des Geschäfts haftbar gemachte Kommissionär auf Erfüllung des Geschäfts. Aber die Haftung des selbst eintretenden Kommissionärs ergibt sich nicht als Folge des Verschweigens des doch beim Selbsteintritt nicht vorhandenen (bezw. zumindest nicht in die Erscheinung tretenden) Dritten, sondern einzig und allein aus der Tatsache des von ihm beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen freiwillig erklärten Selbsteintritts. Und es ist das Charakteristische der Erfüllung aus § 384 HGB., daß sie nur denkbar ist als „Accidentale der regulären Ausführung" oder als eine selbständige Verhaftung sui generis bei „überhaupt unterlassener Ausführung".[83]) Niemals dagegen ist sie denkbar und möglich in Verbindung mit dem Selbsteintritt auf Grund von § 400 HGB., und zwar um deswillen nicht, weil der Selbsteintritt eine gewissermaßen korrekte und gesetzlich zulässige Art der Ausführung der Kommission darstellt, bei der es ihm gestattet ist, selbst wenn er ein Deckungsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, diesen völlig aus dem Spiel zu lassen, so daß er selbst als Käufer bezw. Verkäufer dem Kommittenten gegenübertritt, während das Verschweigen des Dritten bei der unbestimmten Ausführungsanzeige des § 384 HGB. als eine Verletzung der Anzeige- und Rechen-

[83]) Breit, a. a. O., S. 193.

schaftspflicht juristisch zu betrachten ist, für deren Folgen der Kommissionär dann dem Kommittenten, der sich nun ja nicht an einen Dritten halten kann, durch eigene Erfüllungshaftung einzustehen hat.

Und im Gegensatz zum Selbsteintritt gilt die Erfüllungshaftung juristisch nicht als Ausführung der Kommission, was sofort klar wird, wenn man die Tätigkeit des Kommissionärs, wie sie sich aus seiner Erfüllungshaftung nach § 384 Abs. 3 HGB. ergibt, näher betrachtet. Hat er nämlich mit einem Dritten, den er nicht nennen will, wirklich abgeschlossen, so ist dieser Abschluß der juristische Grund für die Ausführung der Kommission in Form der durch ihn selbst zu bewirkenden Erfüllung. Hat er aber mit einem Dritten überhaupt nicht abgeschlossen, so fehlt es überhaupt an einem Ausführungsgeschäft, und als dieses kann die daraus resultierende „Selbsthaftung" nimmermehr betrachtet werden. Die Erfüllungshaftung wäre dann allenfalls als Ausführungsersatz zu bezeichnen.

Freilich wird der wirtschaftliche Effekt der Erfüllungshaftung,[84] wie Breit richtig bemerkt, sich häufig mit dem Resultat des Selbsteintritts decken, weshalb man wohl auch ungenau von einem „erzwungenen" Selbsteintritt in der Literatur gesprochen hat.

Immerhin hat dieses wirtschaftliche Endresultat mit der rechtlichen Natur beider Institute nicht das geringste zu tun. — Denn häufig wird auch der Inhalt eines Schadensersatzanspruchs des Kommittenten sich mit dem Resultat einer Erfüllung durch den Kommissionär identifizieren lassen, ohne juristisch dasselbe zu sein.

Ebenso scharf wie von dem Selbsteintritt unterscheidet sich die Erfüllungshaftung von der Delkrederehaftung, was ebenfalls sofort klar erkennbar wird, sowie kein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen ist. Die Delkrederehaftung hat, wie wir oben (S. 28) feststellten, einen akzessorischen Charakter. Die Uebernahme des Delkredere stellt eine Nebenabrede im Rahmen eines Kommissionsvertrages dar, und setzt ihrer Natur nach einen mitverpflichteten Dritten voraus. Fehlt es aber mangels Abschlusses eines Ausführungsgeschäfts an diesem Dritten, so kann begrifflich auch nicht ein Einstehen für die Verbindlichkeit dieses nicht existierenden Dritten in Frage kommen.

Der auf Erfüllung nach § 384 Abs. 3 in Anspruch genommene Kommissionär haftet aber nicht für die Verbindlichkeiten eines Dritten, sondern auf Erfüllung eines Geschäfts, wie er es als sorgfältiger Kommissionär mit einem Dritten hätte abschließen müssen (siehe oben S. 13).

---

[84]) Breit, a. a. O., S. 193.

Wir können somit, bevor wir auf die besondere Haftung des Kommissionärs nach dem Depotgesetz eingehen, als Ergebnis der vorstehenden Untersuchung kurz folgendes resumieren:

1. Ohne Namensverschweigung des Dritten keine Erfüllungshaftung aus § 384 Abs. 3. HGB.
2. Ohne beabsichtigten oder ausgeführten Abschluß des Ausrichtungsgeschäftes mit einem Dritten keine Delkredereübernahme und keine Delkrederehaftung.
3. Der Selbsteintritt ist eine vom Gesetz vorgeschriebene Art der Ausführung; — die Erfüllungshaftung gilt nicht als Ausführung!

Teil II.

Die Haftung des Kommissionärs nach dem alten Depotgesetz.

§ 10.

Der Einfluß der Vorschriften der §§ 3—8 Dep.Ges. auf die Stellung des (Einkaufs-, Verkaufs- und Umtausch-) Kommissionärs in zivilrechtlicher Beziehung.

Schon zu Beginn (S. 1) der Abhandlung haben wir darauf hingewiesen, daß das Börsenkommissionsgeschäft der wichtigste Zweig des Kommissionshandels ist. In Verbindung mit dieser Art von Kommissionsgeschäften kommen nun meistenteils auch Verträge über Aufbewahrung des Kommissionsguts zustande, sei es, daß der Kunde seinem Bankier Wertpapiere zum Zwecke der Veräußerung übergibt, sei es, daß der Bankier im Auftrage des Kunden für denselben Wertpapiere anschafft und in Verwahrung — oder, wie der Fachausdruck lautet, in D e p o t behält.

Die wichtigste Grundlage für das Depotwesen im allgemeinen und das K o m m i s s i o n s d e p o t im besonderen bildet das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896, das sog. „B a n k d e p o t g e s e t z". Seiner Veranlassung und seinem Zweck entsprechend mußte dieses Gesetz vor allem Bestimmungen treffen, welche die Eigentumsverhältnisse an im Depot befindlichen Wertpapieren zu jeder Zeit und in jedem Stadium des Geschäftsverkehrs zwischen Hinterleger und Aufbewahrer klarstellen. In den §§ 3—8 Dep.-Ges. ist dies deshalb auch im Hinblick auf solche Depotverhältnisse geschehen, welche im Zusammenhang mit einem K o m m i s s i o n s g e s c h ä f t aufzutreten pflegen.

Die den Bankiers in der Praxis erteilten Kommissionsaufträge beziehen sich meist auf den E i n k a u f oder den V e r k a u f von Wertpapieren, also auf Fälle, in denen der sog.

Selbsteintritt des Kommissionärs gesetzlich zulässig ist.[1]) Für das Depotgesetz kommen aber außerdem auch noch Kommissionen zum Umtausch von Wertpapieren sowie zur Geltendmachung von Bezugsrechten in Frage, wobei der Selbsteintritt des Kommissionärs nicht zulässig ist. Zunächst sollen nun im folgenden diese drei verschiedenen Arten von Kommissionsgeschäften in bezug auf die dabei entstehenden Depot-Rechtsverhältnisse einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

1. Eine Einkaufskommission liegt dann vor, wenn ein Kunde (Kommittent) einen Bankier als Kommissionär beauftragt, Wertpapiere[2]) für ihn im eigenen Namen zu kaufen[3]) (§ 383 HGB.). Dieses Auftrags kann sich der Bankier in zweifacher Weise entledigen. Er kann die Papiere, die er einkaufen soll, kraft des ihm zustehenden Selbsteintrittsrechts (§§ 400—405 HGB.) aus seinen eigenen Beständen liefern, dann ist er bereits Eigentümer der Papiere. Bezieht er aber die Stücke erst von einem Dritten, so geht in diesem Falle das Eigentum daran zunächst gleichfalls auf ihn über,[4]) weil er das Geschäft, wenn auch für Rechnung seines Auftraggebers, so doch im eigenen Namen abschließt.

Dieses Eigentum, das der Kommissionär an den betreffenden Stücken besitzt oder erwirbt, muß er auf Grund des Kommissionsvertrages auf den Komittenten übertragen. Diese Verpflichtung kann er erfüllen:

1. durch Aushändigung der Papiere gemäß § 929 BGB. In diesem Falle kommt ein Depotverhältnis zwischen dem

[1]) Vgl. oben S. 31.

[2]) Waren kommen hier nicht in Betracht, da sie nicht Gegenstand eines Bankdepots sein können. Die im § 1 Dep.-Ges. bezügl. der Wertpapiere aufgestellten Beschränkungen sind für unseren Fall belanglos, da andere als die dort aufgeführten Effekten kaum Gegenstand eines Kommissionsgeschäftes sein werden. Vgl. Adler: Die Bank-Depotgesetze usw., S. 11—16.

[3]) Dies hat unter den aufgegebenen Bedingungen zu erfolgen. In der Regel wird der Kommissionär beauftragt, „bestens" abzuschließen, oder es wird ihm ein „Limit" gesetzt, also ein Höchstpreis, der nicht überschritten werden darf.

[4]) Dies war vor der Depotgesetzgebung bestritten u. a. von von Schey. Dieser (in Holdheims Monatsschrift, Jahrgang 1896, Bd. 5, S. 78) wollte schon von dem Augenblicke an, in dem die Papiere ordnungsgemäß bezogen werden konnten, eine entsprechende Quantität der in den Beständen des Kommissionärs überhaupt vorhandenen Effekten für den Kommittenten dinglich verhaftet sein lassen. Nach Erlaß des Depotgesetzes ist auf Grund des § 7 daselbst das Eigentum des Kommissionärs nicht mehr bestreitbar. Vgl. u. a. Staub zu § 383 HGB. Anm. 31; Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften, S. 105, und die von Risser, Bankdepotgesetz, S. 96, zit. Entscheidungen des RG. in Ziv.- u. in Strafsachen.

Kommisionär und dem Kommittenten gar nicht zur Entstehung. Diese Art der Erledigung des Geschäftes interessiert hier deshalb nicht weiter.

2. Durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. Diese Art der Eigentumsübertragung wird nur bei Mitwirkung mehrerer Kommissionäre eine Rolle spielen.
3. Durch constitutum possessorium gemäß § 930 BGB.[5]) Dieser Weg pflegt gerade dann gewählt zu werden, wenn die Papiere beim Bankier im Depot bleiben sollen, um so das körperliche Hin- und Hergeben derselben zu ersparen. Diese Art der Eigentumsübertragung bedarf hier einer näheren Erörterung.

   Die Erfordernisse zur Gültigkeit des constitutum possessorium sind nach den §§ 929, 930 BGB.:

   a) die Willenseinigung zwischen Eigentümer und Erwerber über den Eigentumsübergang und
   b) die Vereinbarung eines besonderen Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Als ein solches Verhältnis ist gemäß §§ 868 und 688 BGB. auch das Depotverhältnis anzusehen.

Es ist sonach außer dem Kommissionsauftrag noch ein Depotvertrag erforderlich. Derselbe liegt vor, wenn die Parteien vereinbaren, daß die Papiere nicht abzuliefern, sondern beim Kommissionär im Depot zu belassen sind. Erfolgt eine solche Vereinbarung n a c h dem Ankauf der Effekten bezw. nach der Erklärung des Kommissionärs, daß er von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen wolle, so ist mit Abschluß dieser Vereinbarung das constitutum possessorium vollzogen, der Kommittent Eigentümer geworden und das Depotverhältnis zur Entstehung gelangt. Von da ab liegen dem Kommissionär als Kaufmann die im § 1 Dep.-Ges. festgesetzten besonderen Verwahrungspflichten ob.

Es ist leicht verständlich, daß der Bankkunde ein großes Interesse daran hat, möglichst bald das Eigentum der für ihn gekauften Papiere zu erlangen. Vor dem Erlaß des Depotgesetzes konnte er den Kommissionär zu dieser Eigentumsübertragung nur im Wege der Klage zwingen. Diese konnte sich leicht in die Länge ziehen, und wenn inzwischen der Kommissionär in Konkurs fiel, hatte der Kunde nur einen Anspruch auf die Konkursdividende.

Deshalb bestimmt § 3 Dep.-Ges., daß der Kommissionär, der einen Auftrag bezüglich der in § 1 a. a.O. genannten Wertpapiere ausführt, dem Kommittenten ein V e r z e i c h n i s d e r

[5]) Vgl. RG. 109, S. 324 ff.; RG. 116, S. 201 ff.

Stücke mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmale innerhalb einer Frist von drei Tagen zu übersenden hat. Nach § 7 Dep.-Ges. geht mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär selbst über die Papiere zu verfügen berechtigt ist, wofern nicht nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts der Uebergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkt eingetreten ist.

Die große Bedeutung des Stückeverzeichnisses besteht darin, daß durch seine Absendung nach Maßgabe des § 7 des Dep.-Ges. der Eigentumsübergang der Papiere vom Kommissionär auf den Kommittenten sich kraft Gesetzes vollzieht, wenn er nicht vorher schon nach den Regeln des bürgerlichen Rechts erfolgt ist. Es ist also im § 7 Dep.-Ges. der Zeitpunkt normiert, in dem spätestens das Eigentum übergeht.

Dieser Eigentumsübergang ist ein durchaus singulärer und von der Eigentumsübertragung des BGB. grundverschieden. Denn die Willenserklärung, daß von einer Seite Eigentum übertragen und von der anderen Eigentum erworben werden soll, kommt hier nicht in Betracht. Auch gegen den Willen des Kommissionärs geht durch die bloße Tatsache der Ansendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Papieren auf den Kommittenten über. Dabei kommt es nicht einmal darauf an, ob dieser das Stückeverzeichnis auch richtig erhalten hat.

Hat der Eigentumsübergang freilich schon vorher stattgefunden, so kommt dem Stückeverzeichnis, das trotzdem zu übersenden ist, allerdings nur noch die Bedeutung einer Beweisurkunde zu.

Nach dem durch die Absendung des Stückeverzeichnisses erfolgten Eigentumsübergang an den Papieren liegt wiederum ein Depotverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent vor.

Die dreitägige Frist, die das Gesetz für die Absendung des Verzeichnisses vorschreibt, beginnt, falls der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung der Kommission einen Dritten als Verkäufer nennt, mit dem Erwerb der Stücke durch den Kommissionär. Dieser Erwerb kann wiederum auch in der Form des constitutum possessorium zwischen dem Kommissionär und dem Dritten vorgenommen worden sein.[86]) Macht der Kommissionär seinem Kommittenten den Dritten nicht namhaft, so beginnt die Frist für die Absendung des

[6]) Vgl. Kunreuther Börsengesetz u. Bankdepotgesetz, S. 126, Nr. 3; Lusensky, Dep.-Ges., § 3, Anm. 4, S. 66.

Stückeverzeichnisses mit dem Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte.

Unterläßt der Kommissionär die Absendung des Stückeverzeichnisses und nimmt er sie auch innerhalb einer ihm vom Kommittenten zu setzenden dreitägigen Nachholungsfrist nicht vor,[7]) so hat der Kommittent seinerseits das Recht, von dem Kommissionsgeschäft zurückgetreten. Außerdem haftet der Kommissionär dem Kommittenten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Rücktrittsrecht und das Recht auf Schadensersatz stehen dem Kommittenten aber nur drei Tage nach Ablauf der Nachholungsfrist zu. Macht er innerhalb dieser drei Tage sein Recht nicht geltend, so muß er den Kommissionär von neuem unter Setzung einer weiteren dreitägigen Nachholungsfrist zur Absendung des Stückeverzeichnisses auffordern. Andere zivilrechtliche Folgen sind mit der Nichtabsendung des Stückeverzeichnisses nicht verbunden.

Die Uebersendung des Stückeverzeichnisses darf in drei Fällen unterbleiben:

1. wenn der Kommissionär die eingekauften Stücke dem Kommittenten ausgeliefert hat. Denn hier entsteht überhaupt kein Depot;
2. wenn der Kommissionär einen Auftrag seines Kommittenten zur Weiterveräußerung der eingekauften Papiere ausgeführt hat (wie zu 1);
3. wenn der Kunde auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses verzichtet. Ein solcher Verzicht muß ausdrücklich schriftlich und für jeden einzelnen Fall besonders erfolgen.

Nur wenn der Kommittent selbst gewerbsmäßig Bank- oder Geldgeschäfte betreibt, kann dieser Verzicht formlos, mündlich und generell erklärt werden. Ist das Eigentum an den Papieren — durch constitutum possessorium oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs — schon vor Absendung des Stückeverzeichnisses auf den Kommittenten übergegangen, so hat der Verzicht auf dasselbe lediglich die Bedeutung, daß der Kommittent erklärt, es sei ihm gleichgültig, die einzelnen Nummern der gekauften Papiere zu erfahren. An den Eigentumsverhältnissen wird hierdurch nichts geändert. Dies ist auch allgemein anerkannt.

Dagegen besteht in der Literatur über die Bedeutung des Verzichtes auf Absendung des Stückeverzeichnisses dann

---

[7]) So RG. 72, S. 58; a. A. Staub, § 384, Anm. 47.

Streit, wenn, wie es in der Regel der Fall sein wird, das Eigentum an den Papieren noch nicht auf den Kommittenten übergegangen ist. Rießer [8]) und Lusensky [9]) sind der Ansicht, daß, wenn der Kunde den Bankier noch nicht vollständig befriedigt hat, in diesem Falle eine Präsumtion für das Vorliegen eines depositum irregulare spräche, der Kunde also durch Verzicht auf das Stückeverzeichnis auch gleichzeitig auf seinen Eigentumsanspruch verzichtet.

Staub,[10]) Schweyer [11]) und Adler [12]) vertreten dagegen die Ansicht, daß der Verzicht auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses nur einen Verzicht auf diese Art der Eigentumsübertragung bedeute.

Es ist verständlich, warum Rießer und Lusensky gerade für den Fall, daß der Kommittent noch nicht den vollen Kaufpreis für die Effekten an den Kommissionär entrichtet hat, dem Verzicht auf das Stückeverzeichnis die Wirkung eines Verzichts auf die Eigentumsübertragung beilegen wollen. Sonst wäre nämlich der Kommissionär in der unangenehmen Lage, dem Kommittenten das Eigentum an den für ihn gekauften Wertpapieren übertragen zu müssen, ohne seinerseits den verauslagten Kaufpreis dafür erhalten zu haben. Zwar hat der Kommissionär ein Pfandrecht an diesen Papieren. Die Geltendmachung und Verwirklichung dieses Pfandrechts ist aber in der Praxis oft, besonders im Kontokorrentverkehr der Banken mit ihren Kunden, recht umständlich.

Indessen erscheint es uns richtiger, dem Verzicht auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses nicht diese weite Auslegung zu geben und sich der Ansicht von Staub, Schweyer und Adler anzuschließen, die auch von Breit [13]) vertreten wird. Denn die Verpflichtung, das Eigentum an den für den Kommittenten gekauften Wertpapieren zu übertragen, ergibt sich an sich schon aus dem Kommissionsvertrage. Sie wird durch § 3 Dep.-Ges. nur verschärft und dem Kommissionär in einer bestimmten Form, nämlich in der Form der Uebersendung eines Stückeverzeichnisses, vorgeschrieben. Verzichtet nun der Kommittent auf diese depotgesetzlich vorgeschriebene Art der Eigentumsübertragung, so bleibt der Kommissionär immer noch verpflichtet, das Eigentum dem Kommittenten in der gewöhnlichen Form, nämlich nach dem Normen des bürgerlichen Rechts zu übertragen.

[8]) Riesser, a. a. O., S. 100.
[9]) Lusensky, a. a. O., § 3, Anm. 9, S. 70.
[10]) Staub, Exk. zu § 424 HGB., S. 1183.
[11]) Schweyer, Bankdep.-Geschäfte usw., S. 130.
[12]) Adler, a. a. O., S. 74.
[13]) Breit, Bankdepotgesetz, § 7, Anm. IV, S. 26.

Dieser herrschenden Ansicht ist schließlich auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 7. Januar 1910[14]) beigetreten. In derselben wird ausgeführt, daß in dem Verzicht auf Uebersendung eines Stückeverzeichnisses, „wofern nicht besondere Umstände eine abweichende Willensauslegung rechtfertigen," nur der Verzicht auf die vom Gesetz im Interesse des Kommittenten eingeführte Form der Eigentumsübertragung zu erblicken sei, und daß der Kommittent sich damit nicht zugleich seiner sonstigen Ansprüche aus dem Kommissionsvertrage, insbesondere nicht des Anspruchs auf Erfüllung und dementsprechende Lieferung der Papiere begeben wolle.

Um alle Zweifel in dieser Beziehung von vornherein zu beseitigen, hat die Vereinigung Berliner Banken und Bankiers die daran interessierte Kundschaft durch ihr Rundschreiben vom 21. Juli 1896 über die Bedeutung eines solchen Verzichts, besonders für den Fall der nicht sofortigen Berichtigung des Kaufpreises, in folgender Weise aufgeklärt:

> „Wenn uns Bankiers Aufträge zum Ankauf von Wertpapieren mit der Erklärung erteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge, ohne daß zugleich der volle Kaufpreis entrichtet ist, so können und werden wir solche Aufträge nur unter der Bedingung ausführen, daß wir von der Uebersendung des Stückeverzeichnisses befreit sind. Diese Befreiung hat zur Folge, daß die angeschafften Effekten von uns nicht für den Auftraggeber in Verwahrung genommen werden, sondern ihm lediglich auf unser Stücke-Konto ohne Nummernangabe gutgeschrieben, also auf keinem der beiden Depotkonti verbucht werden."

Dieser Auslegung des Verzichts auf das Stückeverzeichnis,[15]) der sich im Laufe der Zeit dann auch noch die meisten nord- und süddeutschen Banken angeschlossen haben, kommt im Wesen die Bedeutung eines Verzichts auf die Eigentumsübertragung überhaupt zu, und da das Depotgesetz die Rechtsfolgen dieses Verzichts nicht näher bestimmt hat, so konnten die Banken ihm die von ihnen gewünschte Wirkung beilegen, wenn der Kommittent sich durch seine Unterschrift mit dieser Auslegung einverstanden erklärt hatte.

Es ist nur noch kurz die Frage zu erörtern, welche rechtliche Bedeutung die Uebersendung eines falschen oder unvollständigen Stückeverzeichnisses hat.

Nach § 3 Dep.-Ges. muß das Stückeverzeichnis die in Ausführung der Kommission für den Kunden angeschafften Stücke

[14]) Abgedruckt im Bankarchiv 9, Nr. 15, S. 234.

[15]) Vgl. dagegen Neukamp in Holdheims Monatsschr. 7, S. 139, Jahrg. 1898.

mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale enthalten. Es ist dies das sog. Erfordernis der materiellen Wahrheit des Stückeverzeichnisses. Ein Verstoß gegen dieses Erfordernis berührt an sich, wie Breit [16]) zutreffend bemerkt, und was auch das Reichsgericht [17]) wiederholt festgestellt hat, die formale Gültigkeit des Verzeichnisses nicht. Denn das Stückeverzeichnis enthält nur eine Erklärung des Bankiers dahingehend, „daß er die betreffenden Stücke dem Kommittenten in Ausführung der Kommission zu liefern bereit sei, nicht dahin, daß er gerade diese Stücke von Anfang an in Ausführung der Kommission für den Kommittenten besessen habe."

Der Kommittent wird also, selbst wenn ihm — vorsätzlich oder irrtümlich — ein unrichtiges Stückeverzeichnis übersandt worden ist, stets die Lieferung der richtigen in Ausführung seines Auftrages angeschafften Stücke verlangen können.

Anders liegt der Fall, wenn eine Uebersendung des Stückeverzeichnisses über dieselben Papiere an verschiedene Personen, welche dem Kommissionär Aufträge erteilt haben, erfolgt ist. Hier wird, nachdem erst das Eigentum an den Papieren auf einen Auftraggeber übergegangen ist, eine spätere Uebertragung des Eigentums auf andere Personen wirkungslos sein, und die Uebersendung des Verzeichnisses an diese wie eine Verfügung seitens eines Nichtberechtigten betrachtet werden müssen. Hat der Kommissionär das Stückeverzeichnis über dieselben Papiere zu gleicher Zeit an verschiedene Kommittenten abgesandt, dann hat der Kommissionär keinem der Kommittenten gegenüber seine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung erfüllt.

2. Bei der Verkaufskommission, die dann vorliegt, wenn ein Bankier Wertpapiere für Rechnung seines Kunden verkauft, hat das Depotgesetz von einer besonderen Regelung abgesehen, weil erstens diese Geschäfte in der Regel in so kurzer Zeit erledigt werden, daß eine Verwahrung gar nicht in Frage kommt; und weil zweitens der Kommissionär durch die Möglichkeit seines Selbsteintritts sich das Eigentum an den Papieren jederzeit verschaffen kann. Bis er von seinem Selbsteintrittsrecht (§ 400 HGB) Gebrauch gemacht oder die Papiere verkauft hat, ändert sich an den bestehenden Eigentumsverhältnissen natürlich nichts.

3. Das dritte Kommissionsgeschäft, die Kommission zum Umtausch von Wertpapieren oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes ist eigentlich eine Zusammensetzung von Verkaufs- und Einkaufskommission. Bis der Kommissionär die Papiere zum Umtausch weitergibt, bleibt

[16]) Breit, Bank-Dep.-Ges., § 3, Anm. IV 2.
[17]) Vgl. RG. 53, S. 363 u. 73, S. 244.

der Kommittent Eigentümer derselben. Die neuen Stücke gehen in das Eigentum des Kommissionärs über, der sie den Kunden übereignen muß. Auch hier hat das Gesetz, um diesen Eigentumsübergang zu erleichtern, in § 5 die Uebersendung des Stückeverzeichnisses angeordnet. Nur ist hier die Frist eine längere als bei der Einkaufskommission, nämlich 14 Tage, mit Rücksicht darauf, daß der Umtausch von Effekten gewöhnlich im Anschluß an Konversionen und Fusionen stattfindet, wodurch aus banktechnischen Gründen eine Verzögerung in der Erledigung leicht eintritt. Die Frist zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses beginnt hier stets mit dem Empfang der Stücke.

Bei Nichtbeachtung der Vorschrift des § 5 Dep.-Ges. seitens des Kommissionärs wird für diesen zivilrechtlich nur der Verlust der Provisionen begründet. Dem Kommittenten in diesem Falle ein Recht zum Rücktritt oder auf Schadensersatz zu geben, wäre für denselben hier ungeeignet; dafür tritt der Verlust des Provisionsanspruches des Kommissionärs sofort nach Ablauf der 14tägigen Frist ein, ohne daß es eines Setzens einer Nachfrist durch den Kommittenten bedarf.

Von einem Verzicht auf das Stückeverzeichnis erwähnt das Gesetz hier nichts. Die herrschende Meinung nimmt mit Recht an, daß ein solcher möglich ist, und zwar auch formlos und generell.[18]) Nur Stenglein[19]) nimmt an, daß der Verzicht in der Form des § 3 Dep.-Ges. erklärt werden muß. Wir halten es jedoch mit der herrschenden Meinung für richtiger, eine für einen bestimmten Fall gegebene erschwerende Formvorschrift auf andere Fälle bei Stillschweigen des Gesetzes nicht anzuwenden.

Die Vorschriften für den Umtausch von Wertpapieren finden auch auf den Bezug von jungen Aktien Anwendung.

Unberührt bleibt von den Vorschriften der §§ 5 und 6 Dep.-Ges. der Umtausch von Aktien, bei den der Bankier nur Vertreter des Eigentümers ist. Hierher gehört der Umtausch von Interimsscheinen in endgültige Stücke und die Empfangnahme neuer Stücke an Stelle verloren gegangener oder amortisierter. Die Begründung zum Depotgesetz[20]) rechnet hierzu auch den Umtausch beschädigter Stücke gegen neue, „da hier kein Anschaffungsgeschäft vorliege und kein Zweifel bestehe, daß der Vertreter unmittelbar für den vertretenen Besitz erwerbe." Hiergegen führt u. E. mit Recht v. Pechmann[21]) aus, daß es gar nicht darauf ankommt, ob ein Anschaffungsgeschäft vorliegt oder nicht, und ebensowenig, ob der

[18]) Vgl. Lusensky: § 5 Anm. 1c; Riesser, § 5, Anm. 8.
[19]) Stenglein, Kom. z. d. strafr. Nebengesetzen, § 5 Anm. 2, S. 581.
[20]) Begründung, S. 47.
[21]) v. Pechmann, Dep.-Ges., S. 27.

Kommissionär den Besitz der in Empfang zu nehmenden Wertpapiere zunächst für sich oder für seinen Auftraggeber erwirbt. Lediglich darauf komme es an, ob der Kommissionär dem Dritten gegenüber als Vertreter seines Auftraggebers oder als Kommissionär, d. h. im eigenen Namen handele. Da die Interimsscheine wie auch das Ausschlußurteil auf den Namen des Auftraggebers lauten, handelt der Bankier hier als dessen Vertreter; dagegen kann der Umtausch beschädigter gegen neue Stücke sehr wohl unter die Kommissionsgeschäfte des § 5 Dep.-Ges. fallen.

Die letzte zivilrechtliche Bestimmung des alten Depotgesetzes betrifft den Fall, daß mehrere Kommissionäre bei der Ausführung eines Kommissionsauftrages mitwirken. Dies ist z. B. immer dann der Fall, wenn der Lokalbankier von seinem Kunden Auftrag bekommt, Papiere einzukaufen oder zu verkaufen, die an dem Wohnsitz des Lokalbankiers keinen Markt haben. Der Lokalbankier gibt dann den Auftrag seines Kunden an den an einem Börsenplatz wohnenden Zentralbankier weiter. Dieser hat nach § 397 HGB. ein gesetzliches Pfandrecht und ein Zurückbehaltungsrecht an dem in seinem Besitz befindlichen Kommissionsgut wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Durch Vertrag des Lokalbankiers mit dem Zentralbankier ist dieses Pfandrecht regelmäßig dahin erweitert, daß es ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund der Forderung alle Wertpapiere des Lokalbankiers ergreift, die in den Besitz des Zentralbankiers gelangt sind; und zwar wird der gute Glaube des Zentralbankiers hier soweit geschützt, daß sich sein Pfandrecht auch auf die dem Lokalbankier nicht gehörigen Papiere erstreckt, wenn der Zentralbankier nicht wußte bezw. ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wissen mußte, daß der Lokalbankier gar nicht Eigentümer der von ihm übersandten Papiere ist, bezw. kein Recht zur Verfügung oder Verpfändung derselben hat.[22]) Unterläßt es nun der Lokalbankier, dem Zentralbankier mitzuteilen, daß die eingesandten Papiere nicht seine eigenen, sondern fremde sind, so bleibt der Zentralbankier regelmäßig gutgläubig.

Deshalb bestimmt § 8 Abs. 1 Dep.-Ges., daß ein Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges von neuen Wertpapieren übersendet, diesem mitteilen muß, daß die Papiere fremde sind, und daß er ferner bei der Weitergabe einer Einkaufskommission dem anderen Kommissionär die Mitteilung machen muß, daß die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt.

[22]) Vgl. RG. 117, S. 95.

Die Pflicht zur Mitteilung, daß die Papiere fremde sind, besteht nicht:

1. wenn der Lokalkommissionär die Papiere als depositum irregulare besitzt, da sie ja dann keine fremden Papiere, sondern sein Eigentum sind;
2. wenn die Papiere zwar noch als depositum regulare sich beim Lokalbankier befinden, dieser aber durch einseitige Willenshandlung sich die Papiere aneignen darf. Dies ist dann der Fall, wenn dem Bankier eine den § 2 Dep.-Ges. entsprechende Ermächtigung erteilt ist. Es wird hier, wie Adler sagt, der Aneignungsakt gewöhnlich in dem Absenden der Papiere an den Zentralbankier erblickt werden dürfen.
3. Die Pflicht zur Mitteilung entfällt ferner immer dann, wenn der Lokalkommissionär seinen Kommissionsauftrag durch Selbsteintritt erfüllt, da es sich dann ja um die Anschaffung seiner eigenen Papiere handelt.
4. Der Lokalbankier ist ferner von der Mitteilungspflicht aus § 8 Dep.-Ges. entbunden, wenn sein Kunde ihm den Verzicht auf Absendung des Stückeverzeichnisses erklärt hat; in diesem Falle aber nur dann, wenn man dem Verzicht auf das Stückeverzeichnis die Wirkung eines Verzichts auf den Eigentumsübergang überhaupt beilegt.

Liegt keiner der genannten vier Fälle vor, so besteht die Mitteilungspflicht des Lokalkommissionärs aus § 8 Dep.-Ges. zwingend. Die Folge jener Mitteilung ist nach Absatz 2 der genannten Bestimmung, daß dem Zentralbankier an den ihm als fremd bezeichneten Papieren ein Pfand- und Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen gegen seinen Auftraggeber zusteht, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Dieses Pfand- und Zurückbehaltungsrecht ist aber praktisch so gut wie wertlos, da seiner Durchführung unverhältnismäßige Schwierigkeiten banktechnischer Art entgegenstehen. Der Zentralbankier müßte nämlich soviel einzelne Geld- und Depotkonti anlegen, als der Lokalbankier Kunden hat. Aber auch damit könnte eine Klarstellung der einzelnen Forderungen, die zur Geltendmachung des Pfandrechts notwendig wäre, noch nicht völlig erreicht werden.

Aus diesem Grunde haben die Berliner Banken in dem bereits oben (S. 43) erwähnten Rundschreiben vom 21. Juli 1896 einen einstimmig gefaßten Beschluß bekannt gemacht, dahingehend, daß sie es in Zukunft ablehnen, in laufenden Geschäften mehr als zwei Depotkonten anzulegen, wovon das eine, allgemein als „Konto A" bezeichnet, für diejenigen Effekten bestimmt ist, welche dem Bankier für seine Ansprüche haften, während das zweite, das „Konto B" für diejenigen

Wertpapiere geführt wird, welche nach § 8 Dep.-Ges. als fremde bezeichnet werden.

Nach diesem Vorgehen der Berliner Großbanken, welches inzwischen in die Bankgeschäftspraxis allgemein Eingang gefunden hat, bleibt dem Lokalbankier nur die Möglichkeit, sofort mit dem Weitergeben einer Einkaufskommission den Preis vollständig zu bezahlen. Das wird er aber nur dann können oder wollen, wenn auch sein Kunde ihm selbst den Preis schon bezahlt hat. Dies wird jedoch in der Regel kaum der Fall sein. Dann muß der Lokalbankier sich von seinem Kunden eine dem § 2 Dep.-Ges. entsprechende Ermächtigung erteilen lassen, wodurch er die Möglichkeit hat, das Eigentum an den Papieren zu erwerben. Er braucht dann die Papiere dem Zentralbankier gegenüber nicht als fremde zu bezeichnen; sie gelangen nunmehr in dessen Depot A und können als Kreditunterlage dienen. Freilich hat der Kunde dann wieder nur einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung seiner Papiere.

Zweifellos ist, daß durch das geschilderte Verhalten der Banken das depositum irregulare sehr zuungunsten des depositum regulare in den Vordergrund gestellt worden ist. Man wird aber dieses Vorgehen der Berliner Banken nicht als unberechtigt oder als zu schroff ansprechen dürfen, weil durch die Vorschrift des § 8 Abs. 2 Dep.-Ges. das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht an den Kommissionspapieren für sie praktisch seinen Wert fast verloren hat.

§ 11.

Der Einfluß der Strafbestimmungen der §§ 9—12 Depotgesetzes auf die Stellung des Kommissionärs und seine Haftung in strafrechtlicher Beziehung.

Es bleiben nunmehr noch die strafrechtlichen Folgen zu betrachten, die das Depotgesetz für den Fall der Verletzung seiner zivilrechtlichen Vorschriften in den §§ 1, 3, 5 und 8 androht.

Zunächst setzt § 9 Dep.-Ges. schwere Strafen für die Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des § 1 a. a. O. fest, und zwar Gefängnis bis zu einem Jahre und Geldstrafe bis zu dreitausend Mark [23]) oder eine dieser Strafen für den Kaufmann, welcher über Wertpapiere der im § 1 a. a. O. bezeichneten Art, welche ihm zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind, oder welche er als Kommissionär für den

[23]) Vgl. die Aenderung der Strafgesetzgebung durch Verordnung v. 6. 2. 24 (RGBl. S. 44). Zu dieser Verordnung vgl. § 2 der II. DV. zum Münzgesetz v. 12. 12. 24 (RGBl. S. 775).

Kommittenten in Besitz genommen hat, außer dem Falle des § 246 StGB. zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt.

In der gleichen Art wird derjenige bestraft, welcher der Vorschrift des § 8 Dep.-Ges. zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten vorsätzlich zuwiderhandelt.[24])

1. Der Tatbestand des § 9 Abs. 1 Depotgesetzes.

Gegen § 9 Abs. 1 Dep.-Ges. verstoßen kann demnach nur ein „Kaufmann". Doch sind durch die ausdrückliche Vorschrift des § 12 Abs. 1 a. a. O. den Kaufleuten gleichgestellt die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft.

Gegenstand der rechtswidrigen Verfügung nach § 9 Abs. 1 sind nur Wertpapiere; aber nicht alle Wertpapiere, sondern nur die in § 1 Dep.-Ges. bezeichneten, d. h. alle vertretbaren Wertpapiere, mit Ausnahme der Banknoten. Damit ist der Kreis der für dieses Delikt in Frage kommenden Wertpapiere schon durch Gesetz scharf abgegrenzt.

Die rechtswidrige Verfügung setzt ebenso wie die Unterschlagung und die Veruntreuung eine fremde Sache voraus, wobei die Eigentumsfrage nach dem Privatrecht entschieden wird. Die fremde bewegliche Sache muß sich ferner bei der rechtswidrigen Verfügung im Besitz oder Gewahrsam des Täters befunden haben. In dieser Beziehung spricht das Gesetz von Wertpapieren, welche einem Kaufmann „zur „Verwahrung" oder „als Pfand" übergeben sind, und von solchen, welche er als Kommissionär für den Kommittenten „in Besitz genommen" hat.

Es wird also vorausgesetzt, daß die Wertpapiere auf Grund eines Verwahrungs-, Pfand- oder Kommissionsvertrages in den Gewahrsam des Treuhänders gelangt sind.

§ 9 Abs. 1 Dep.-Ges. findet auf alle oben behandelten Arten von Kommissionsgeschäften Anwendung.

Was zunächst die Einkaufskommission betrifft, so erwirbt der Kommissionär, wie wir dargelegt haben, hier zunächst das Eigentum an den eingekauften Papieren für sich und behält es solange, bis er es durch Uebergabe, Konstitut

---

[24]) Falls der Täter ein Angehöriger (§ 52 Abs. 2 StrGB.) des Verletzten ist, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig. (§ 9 Abs. 3, Dep.-Ges.)

oder Uebersendung des Stückeverzeichnisses auf den Kommittenten überträgt.[25]) In dieser Zwischenzeit ist eine nach dem Depotgesetz strafrechtlich zu ahndende rechtswidrige Verfügung seitens des Kommissionärs nicht gut möglich.[26]) Erst nach der Uebertragung des Eigentums durch einen der oben erörterten Rechtsakte ist also eine strafbare Handlung des Kommissionärs nach dem Depotgesetz denkbar.

Bezüglich der Verkaufskommission liegt der Sachverhalt einfacher, da hier ein Depotverhältnis nicht in Frage kommt, sondern nur ein Auftrag zum Verkauf fremder Papiere, deren Besitz dem Kommissionär nur zu diesem Zweck übertragen wurde.

Ebenso klar ist die Sachlage bei der sog. Umtauschkommission, die ja auch die Kommission zur Ausübung eines Bezugrechts mit umfaßt.

Hier bleibt zunächst der Kommittent Eigentümer der Papiere,[27]) bis der Kommissionär dieselben zum Zwecke des Umtausches weitergegeben hat. Bei der Kommission zur Geltendmachung von Bezugsrechten bleibt der Kommittent auch noch nach Weitergabe seiner Papiere Eigentümer derselben.

Im ersteren Falle erlischt allerdings das Depotverhältnis in dem Augenblick, in welchem der Umtausch vollzogen wird, wobei der Kommissionär das Eigentum an den eingetauschten, ebenso wie übrigens auch an den neu bezogenen Papieren erwirkt. Da er auch in diesen Fällen, wie wir oben gesehen haben, verpflichtet ist, ein Stückeverzeichnis zu übersenden, so besteht in der Zwischenzeit, bis das geschehen ist, wiederum die Möglichkeit eines rechtswidrigen Eingriffs des Kommissionärs in die eingetauschten Stücke, ohne daß ein solcher nach dem Depotgesetz straftrechtlich verfolgt werden könnte.[28]) Jedoch ist auch diese Zwischenzeit vom Gesetz kurz bemessen (2 Wochen, § 5 Dep.-Ges.), um möglichst schnell die Uebertragung des Eigentums an den für den Kommittenten beschafften Stücken auf diesen erfolgen zu lassen.

II. Der Tatbestand des § 9 Abs. 2 Depotgesetzes.

Ueber die Anwendbarkeit des § 9 Abs. 2 Dep.-Ges. äußert sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 27. März 1901[29]) wie folgt:

---

[25]) Vgl. RG. 53, S. 370; und RGStr. 47, S. 38; ferner Dernburg, Bd. II 2, § 343, IV 1, S. 500.

[26]) Wohl aber ein Delikt der Untreue nach § 266 Ziff. 2 StrGB.

[27]) Vorausgesetzt, daß nichts anderes vereinbart ist.

[28]) Auch hier könnte wohl allenfalls nur ein Delikt der Untreue nach § 266 Ziff. 2 StrGB. in Frage kommen.

[29]) Vgl. RGStr. 34, S. 237 und 241.

„Der Strafe des § 9 unterliegt nach Absatz 2, wer unter den Voraussetzungen des § 8 der Verpflichtung, bei Ausantwortung fremder Papiere mitzuteilen, daß dieselben fremde sind, zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten vorsätzlich zuwiderhandelt."

Diese Strafankündigung beruht auf der Erwägung, daß auch in einem solchen Verhalten mit Rücksicht auf seinen Erfolg eine „rechtswidrige Verfügung" über die Papiere zu erblicken ist.

Ebenso erblickt auch eine andere Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. Juni 1904[30]) in der Unterlassung der Mitteilung aus § 8 bereits eine Verfügung über die angeschafften Papiere im Sinne von § 9 Abs. 1. Die unterlassene Mitteilung des Zwischenbankiers an den Zentralbankier führt nach derselben Entscheidung eine Schädigung des Kommittenten insofern herbei, als dieser nunmehr für fremde Schulden haftet.

III. Der Tatbestand des § 10 Depotgesetzes.

Das Delikt des § 10 Dep.-Ges., welches verschiedene Tatbestände umfaßt, bildet zusammen mit den §§ 11 und 12 Dep.-Ges. eine Erweiterung bezw. Ergänzung der Strafbestimmungen der KO. §§ 239—244. Wie diese hat es die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zur Voraussetzung, ohne daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Eintritt dieser Voraussetzungen und der Verübung der strafbaren Handlungen notwendig ist. Zwar wird dasjenige Merkmal, welches dem strafbaren Bankerott sein eigentümliches Gepräge gibt, durch die Richtung des Delikts gegen die Gesamtheit oder gegen bestimmte Klassen von Gläubigern des Gemeinschuldners bestimmt. Trotzdem haben neuere Gesetze neben diese eigentlichen und echten Fälle des Bankerotts noch andere gestellt, die im Grunde oder in ihrem Wesen fast nichts mehr mit jenen gemein haben.

Zu diesen sog. unechten Bankerottdelikten sind diejenigen Fälle zu rechnen, welche für die Strafbarkeit der Tat bezw. des Täters die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners bezw. die Konkurseröffnung über dessen Vermögen zur Voraussetzung und Vorbedingung machen.

Zu diesen letzteren Delikten gehören auch die Fälle der §§ 10—12 Dep.-Ges., ohne daß sie im Gesetz selbst etwa als Bankerottfälle bezeichnet werden. Im einzelnen sei hierzu noch bemerkt:

[30]) RGStr. 37, S. 223.

1. Nach § 10 Dep.-Ges. wird ein Kaufmann, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn er:
   a) den Vorschriften des § 1 Ziff. 1 oder 2 Dep.-Ges. vorsätzlich zuwidergehandelt hat und dadurch der Berechtigte bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung der von jenem zu verwahrenden Wertpapiere benachteiligt wird;
   b) als Kommissionär den Vorschriften der §§ 3 oder 5 a. a. O. vorsätzlich zuwidergehandelt hat und dadurch der Berechtigte bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung der von jenem eingekauften, eingetauschten oder bezogenen Wertpapiere benachteiligt wird.

IV. Der Tatbestand des § 11 Depotgesetzes.

2. Nach § 11 Gep.-Ges. wird ein Kaufmann, welcher seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, mit der Strafe des betrügerischen Bankerotts (§ 239 KO.) belegt, wenn er im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung fremde Wertpapiere, welche er im Betriebe seines Handelsgewerbes als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen, sich rechtswidrig zugeeignet hat.

In beiden Strafbestimmungen, d. h. sowohl in § 10 wie auch in § 11 Dep.-Ges. bildet also den Gegenstand des Delikts ein Eingriff in fremde Vermögensrechte, und zwar in § 10 in die des Aussonderungsberechtigten, der bezüglich seines Aussonderungsanspruchs benachteiligt ist, und im § 11 in die des Eigentümers, dem seine Wertpapiere durch Unterschlagungshandlungen entzogen worden sind.

Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Zueignung der fremden Papiere und der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung wird im Falle des § 11 Dep.-Ges. ebenso wenig vorausgesetzt wie in dem des § 10 oder in denen des § 239 KO. hinsichtlich der dort unter Strafe gestellten Bankerotthandlungen. Dagegen müssen die rechtswidrigen und strafbaren Handlungen hier wie dort in einem zeitlichen Zusammenhang stehen mit derjenigen Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, die dabei als Tatbestandsmerkmal in Frage kommt.[31])

Die Strafvorschriften der § 10 und 11 Dep.-Ges. verlieren demgemäß auch nicht etwa ihre Wirkung, wenn nach er-

[31]) Vgl. Lusensky, a. a. O., zu § 11 Anm. 2, S. 104.

folgter Zahlungseinstellung die Zahlungen wieder aufgenommen werden oder nach eröffnetem Konkurse dieser eingestellt oder aus einem anderen Grunde wieder aufgehoben wird.

V. Der Tatbestand des § 2 Depotgesetzes.

In § 12 Dep.-Ges. ist die Strafvorschrift des § 9 auch für Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, auf Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auf Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft anwendbar erklärt worden, wenn sie in Ansehung von Wertpapieren, die sich im Besitze der Gesellschaft oder Genossenschaft befinden oder von dieser einem Dritten ausgeantwortet worden sind, die mit Strafe bedrohte Handlung begangen haben. Ebenso werden nach einer weiteren Bestimmung dieser Vorschrift die oben aufgeführten Gesellschafts- und Genossenschaftsorgane analog dem „Kaufmann" gemäß §§ 10 und 11 Gep.-Ges. bestraft, wenn sie

a) den Vorschriften des § 1 Ziff. 1 oder 2, § 3 oder 5 Dep.-Ges. vorsätzlich zuwidergehandelt haben und dadurch der Berechtigte bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung der bei der Gesellschaft oder Genossenschaft befindlichen Wertpapiere benachteiligt wird,

b) im Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft oder Genossenschaft fremde Wertpapiere, welche von dieser als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen sind, sich rechtswidrig zugeeignet haben.

Ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 12 Dep.-Gesetz würden alle anderen Strafvorschriften auf die hier genannten Personen keine Anwendung finden können, da dieselben nur ausführende Organe bezw. gesetzliche Vertreter der betreffenden Handelsgesellschaften sind und in ihrer Person nicht der gesamte Tatbestand der in Frage kommenden strafbaren Handlungen vorliegen würde. Es bedurfte daher der besonderen Vorschrift des § 12 Dep.-Ges., um — entsprechend der Bestimmung des § 244 KO. — die Strafbarkeit auch für diese Organe bezw. Vertreter der bezeichneten Gesellschaften und Genossenschaften im gegebenen Falle zu begründen.

Teil III.

Die Haftung des Kommissionärs nach dem neuen Depotgesetz.

§ 12.

Die Veränderungen des Dep.-Ges. vom 5. Juli 1896 durch die Verordnung über die Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 21. November 1923.

Durch Verordnung vom 21. November 1923,[1]) in Kraft getreten am 14. Dezember 1923, ist das Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, in verschiedenen wesentlichen Punkten auf Grund des Artikel 48 der Reichsverfassung abgeändert worden.

Es kann angesichts der Tatsache, daß nach Art. 48 der Reichsverfassung auch Notverordnungen wirtschaftlicher Art allgemein als zulässig erachtet worden sind, dahingestellt bleiben, ob „zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im deutschen Reiche" gerade eine Abänderung des Depotgesetzes viel beigetragen hat. Jedenfalls wurde auf Grund des zweiten Ermächtigungsgesetzes eine schon lange als Bedürfnis anerkannte Aenderung des alten Depotgesetzes im Wege der oben erwähnten Verordnung vorgenommen, nachdem der Zentralverband der deutschen Banken und Bankiers in einer Eingabe vom 21. September 1923 nochmals die Regierung auf die Notwendigkeit einer Anpassung der Depotgesetzgebung an die neuen Zeitverhältnisse dringend aufmerksam gemacht hatte.[2])

Was nun die Einzelheiten dieser Verordnung betrifft, so sind die folgenden Aenderungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustande vorgenommen worden:

[1]) Reichsgesetzblatt Nr. 121, S. 1119.

[2]) Die wichtigsten Punkte dieser Eingabe sind abgedruckt im Bank-Archiv vom 13. März 1924, S. 129.

In § 1 Abs. 1 Dep.-Ges. sind zu den Ausnahmen der vertretbaren Wertpapiere noch die „Schatzanweisungen der wertbeständigen Anleihen des Deutschen Reiches ohne Zinsscheine" und die „Rentenbankscheine" hinzugefügt bezw. neu eingefügt worden.

§ 1 Ziff. 2 hat eine neue kürzere Fassung erhalten, durch welche eine Erleichterung in der Führung des Depotbuches für die Banken herbeigeführt wurde.

Wichtiger und einschneidender sind die Aenderungen des § 3 Dep.-Ges., die im nächsten Abschnitt noch eingehender behandelt werden müssen.

Zunächst ist in § 3 Abs. 1 die wichtige Neuerung geschaffen worden, daß der Kommissionär dem Kommittenten nur „auf dessen Verlangen" das Stückeverzeichnis zu übersenden hat, und zwar „binnen einer Woche" anstatt, wie bisher, binnen drei Tagen.

Dementsprechend mußte auch die Berechnung der Fristen geändert werden, und zwar dahin, daß der Anfang der Frist für die Uebersendung des Stückeverzeichnisses auf den Zeitpunkt verlegt wurde, „in welchem dem Kommissionär die Erklärung des Kommittenten, daß er die Uebersendung eines Stückeverzeichnisses verlange, zugeht," frühestens auch jetzt noch mit dem Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte.

In § 3 Abs. 2 ist in neuer Fassung bestimmt worden, daß das Recht des Kommittenten, die Uebersendung des Stückeverzeichnisses zu verlangen, nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, es sei denn, daß der Kommittent gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, und daß der Kommissionär andererseits sich das Recht ausbedingen kann, dem Kommittenten anstelle der Uebersendung des Stückeverzeichnisses die Stücke selbst herauszugeben oder ihm den Herausgabeanspruch an ein zur Verwahrung der Stücke bestimmte dritte Stelle abzutreten.

Hinter § 7 Dep.-Ges. ist ein neuer § 7a eingefügt worden. In diesem sind dem Kommittenten weitgehende neue Rechte für den Fall eingeräumt worden, daß er zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Einkaufskommissionärs seine Verpflichtungen dem Kommissionär gegenüber vollständig erfüllt hat, ohne daß die für ihn eingekauften Wertpapiere durch Uebersendung eines Stückeverzeichnisses oder auf andere Weise in sein Eigentum übergegangen sind. Alsdann geht nämlich nach § 7a der Verordnung vom 21. 11. 23 die Forderung des Kommittenten auf Lieferung und Befriedigung aus den in der Masse vorhandenen Wertpapieren gleicher Gattung den Forderungen aller anderen

Konkursgläubiger vor. Mehrere Kommittenten haben dabei untereinander gleichen Rang.

Ferner können die Kommittenten „unter entsprechender Anwendung der für die Aussonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156 und des § 168 Nr. 3 der Konkursordnung „Befriedigung" auch „aus dem sonstigen Vermögen" des Kommissionärs verlangen.

Das Konkursgericht hat, wenn es nach Lage des Falles erforderlich erscheint, den Kommittenten zur Wahrung aller dieser ihrer Rechte einen Pfleger zu bestellen und die Pflegschaft anstelle des Vormundschaftsgerichts selbst zu führen. Die Vorschriften des § 62 Abs. 2—5 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 sollen dabei entsprechend Anwendung finden.

§ 13.

Der Einfluß dieser Aenderungen auf die Haftung und die Rechtsstellung des Kommissionärs.

Die Aenderungen des Artikel 1 der Verordnung vom 21. November 1923 zu § 1 des alten Depotgesetzes sind leicht verständlich und nicht sehr erheblicher Art. Das alte Depotgesetz ging bereits davon aus, daß bei der Hinterlegung von Zahlungsmitteln, wie Banknoten und Papiergeld, regelmäßig ein depositum irregulare von den Parteien gewollt sei. Als im wirtschaftlichen Verkehr auch die Schatzanweisungen der wertbeständigen Anleihen des Deutschen Reiches ohne Zinsscheine ebenso wie die Rentenbankscheine als Zahlungsmittel dienten, war es nur folgerichtig, wenn das Gesetz auch für den Fall der Hinterlegung dieser Papiere ein von den Parteien beabsichtigtes depositum irregulare annahm, auf welches die Vorschriften des Depotgesetzes nicht anzuwenden sind. Auch diese Papiere mußten daher als Ausnahmen von den „vertretbaren anderen Wertpapieren" des § 1 Abs. 1 Dep.-Ges. erklärt werden. Es kann hier im übrigen dahingestellt bleiben, ob man die Rentenbankscheine nicht an sich schon als „Banknoten" oder als „Papiergeld" im Sinne des alten Depotgesetzes betrachten könnte.

Wesentlicher sind die mit Artikel II der Verordnung getroffenen Aenderungen des § 3 Abs. 1 und 2 Dep.-Ges. In der Praxis hatte mehr und mehr eine Vernachlässigung in der Innehaltung der Vorschriften betr. die Uebersendung des Stückeverzeichnisses Platz gegriffen, hauptsächlich mit Rücksicht auf die außerordentliche Ueberlastung der Banken und Bankiers mit Arbeit und anderen Schreibereien, die ihnen die ungewöhnlichen Nachkriegsverhältnisse auferlegten. In dieser

Beziehung wäre es sicherlich aussichtslos gewesen, die Innehaltung aller Vorschriften des Dep.-Ges. etwa durch neue Strafbestimmungen zu erzwingen. Die neue Verordnung hat daher den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung getragen, in dem sie bestimmte, daß der Kommissionär dem Kommittenten nur „auf dessen Verlangen" ein Stückeverzeichnis zu übersenden habe, und zwar nicht mehr, wie bisher, binnen drei Tagen, sondern erst binnen einer Woche.

Die Frist, die früher mit dem Erwerb der Stücke durch den Kommissionär bezw. mit Ablauf der Zeit zu laufen begann, innerhalb deren der Kommissionär bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang die Stücke beziehen konnte, beginnt jetzt erst mit dem Zeitpunkt, in welchem dem Kommissionär das Verlangen des Kommittenten „zugeht", d. h. in welchem der Kommissionär tatsächlich Kenntnis von dem Verlangen des Kommittenten nach einem Stückeverzeichnis haben konnte. Die bloße Absendung des Verlangens durch den Kommittenten genügt also nicht, um die Frist in Lauf zu setzen. Im Streitfalle hat der Kommittent zu beweisen, daß sein Verlangen dem Kommissionär auch wirklich zugegangen ist.

Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß der Kommittent bei einem laufenden Geschäftsverkehr das Verlangen nach Uebersendung eines Stückeverzeichnisses ein für allemal stellen kann, ebenso wie auch der Kommissionär — etwa in seinen Geschäftsbedingungen — vorschreiben kann, daß ihm jenes Verlangen in jedem einzelnen Falle besonders zugehen muß.

Während bisher ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis zulässig war — bei Privatkunden allerdings nur ausdrücklich und schriftlich — kann jetzt das Recht des Kommittenten auf ein Stückeverzeichnis, sofern er nicht selbst Bankier ist, nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Dagegen kann sich aber der Kommissionär das Recht ausbedingen, dem Kommittenten anstelle der Uebersendung des Stückeverzeichnisses die Stücke selbst herauszugeben oder ihm den Herausgabeanspruch an eine dritte die Stücke aufbewahrende Stelle abzutreten (§ 3 Abs. 2 Satz 1 neuer Fassung).

Diese letztere Bestimmung soll wohl in erster Linie die Banken von unnötigen und zeitraubenden schriftlichen Arbeiten entlasten, weil es sich gezeigt hat, daß in Zeiten einer Hausse oder sonstigen starken Geschäftsverkehrs selbst die vorgeschriebene Zeit von einer Woche nicht ausreicht, um das Stückeverzeichnis fertigzustellen und zu übersenden. Andererseits mußte dann auch für eine entsprechende Sicherung des Kommittenten gesorgt werden.

Damit ist auch der alte Streit, welche Wirkung dem Verzicht des Kommittenten auf Uebersendung des Stückever-

zeichnisses beizulegen ist, wenigstens für den Kreis von Kommittenten, die nicht Bankiers sind, erledigt.

Fraglich und zweifelhaft erscheint es aber immer noch, ob dem Kommissionär nicht ein Recht zusteht, das Stückeverzeichnis solange zurückzubehalten, bis der Kommittent seine Verpflichtungen aus dem Geschäft ihm gegenüber vollständig erfüllt hat, d. h. ob der Kommissionär nicht die Uebersendung des Stückeverzeichnisses von der vorgängigen Erfüllung aller Verpflichtungen durch den Kommittenten abhängig machen, also gewissermaßen eine Rückbehaltungsrecht an den angeschafften bezw. umgetauschten Papieren geltend machen darf. Für die Richtigkeit dieser Ansicht scheint uns auch die Fassung des neuen § 7a zu sprechen, wonach dem Kommittenten die dort näher angegebenen Konkursvorrechte nur dann eingeräumt werden, wenn er „die ihm dem Kommissionär gegenüber obliegenden Pflichten vollständig erfüllt" hat.

Ebenso wie es unbillig wäre, dem Kommittenten, der seinen Verpflichtungen dem Kommissionär gegenüber nicht voll nachgekommen ist, ein besonderes Konkursvorrecht im Konkurse des Kommissionärs einzuräumen, wäre es gleichermaßen ungerecht, vom Kommissionär zu verlangen, daß er erst sein Geld zur Anschaffung bezw. zum Umtausch von Wertpapieren für den Kommittenten festlegen und dann dem Kommittenten obendrein noch durch Uebersendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den Papieren verschaffen soll, ohne selbst wegen seiner eigenen Forderungen aus dem Geschäft voll befriedigt zu sein.[3])

Aus diesem Grunde hat der Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes in einem weiteren Rundschreiben vom 3. Dezember 1923 für seine Mitglieder und deren Kunden die durch die Bestimmungen des Artikel II der Verordnung vom 21. November 1923 geschaffenen Rechtslage dahin ausgelegt, daß, wenn der Kommittent jetzt die Uebersendung eines Stückeverzeichnisses verlange, sich dieses Verlangen als „Geltendmachung eines Anspruchs aus einem gegenseitigen Vertrage" darstelle, dessen Erfüllung von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig sei.

Dieselbe Ansicht hatte schon früher Breit[4]) gegen Rießer und Lusensky[5]) vertreten. Angesichts der jetzigen Fassung des Gesetzes hat jedoch auch Rießer[6]) seinen früheren Stand-

[3]) Der Regierungsentwurf zum alten Dep.-Ges. hatte für diesen Fall in einem § 4 vorgesehen, daß der Kommissionär dann die Uebersendung des Stückeverzeichnisses unter Beifügung einer Rechnung „aussetzen" könne.

[4]) Breit bei Holdheim 1909, S. 137.

[5]) Lusensky zu § 3 Anm. 6, S. 67 ff.

[6]) Riesser, S. 91, Anm. 2.

punkt nicht mehr aufrecht erhalten. Der Kommissionär würde somit also bis zur völligen Bewirkung der Gegenleistung durch den Kommittenten lediglich dessen Stückeschuldner sein und der Kommittent nur einen persönlichen Anspruch auf Aushändigung von Papieren gleicher Art und Menge gegen ihn haben. Für den Kommittenten mag hierin ein weiterer Ansporn liegen, seinen Verpflichtungen gegenüber dem Kommissionär pünktlich und völlig nachzukommen.

Die Praxis hat die Schwierigkeit jener Frage dadurch zu überwinden gesucht, daß die für Rechnung des Kommittenten anzuschaffenden Stücke jetzt allgemein auch dem Kommissionär nur unter Vorbehalt des Eigentums bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises geliefert werden (§ 455 BGB.), so daß nunmehr auch der Kommittent durch eine vorherige Uebersendung des Stückeverzeichnisses seinerseits kein Eigentum erwirbt, solange der Eigentumsvorbehalt noch besteht (vergl. § 158 BGB.).

Im Verkehr der Bankiers untereinander kann freilich nach wie vor auch jetzt noch auf die Uebersendung eines Stückeverzeichnisses verzichtet werden.

Die bedeutsamste Neuerung des Depotgesetzes liegt in der durch Artikel III der Verordnung vom 21. November 1923 erfolgten Einfügung eines § 7a, durch welchen dem Kommittenten, der seine Verpflichtungen dem Kommissionär gegenüber vollständig erfüllt hat, ein besonderes Konkursvorrecht eingeräumt wird als Schutz für den Fall, daß ihm ein Stückeverzeichnis trotz seines Verlangens (und event. Stellung einer Nachfrist) nicht übersandt und er auch „auf sonstige Art" nicht zum Eigentümer der ihm zustehenden Wertpapiere gemacht worden ist.

Dieses Konkursvorrecht besteht hinsichtlich des Anspruchs des Kommittenten auf Lieferung wie auch auf Befriedigung aus den in der Masse befindlichen Wertpapieren gleicher Gattung. Aber auch „aus dem sonstigen Vermögen" des Kommissionärs kann der Kommittent gegebenenfalls Befriedigung verlangen, dies allerdings nur für denjenigen Betrag verhältnismäßig, „zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet" oder „mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist". Es finden dann hier die für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156 und 168 Nr. 3 KO. entsprechende Anwendung. Ueber die Natur dieses Konkursvorrechts gibt das Gesetz selbst keine Erklärung. Obgleich dieser Anspruch allen anderen Konkursforderungen vorgeht, handelt es sich hier doch, wie Rießer [7]) zutreffend ausführt, weder um ein Aussonderungsrecht, noch um ein eigentliches Absonderungsrecht im Sinne der §§ 48, 49 KO.

[7]) Riesser, Bankdepotgesetz, S. 103, 104, 106.

Vielmehr ist seine juristische Natur noch durchaus ungeklärt. Jedenfalls handelt es sich hier um eine in die Depotgesetzgebung aufgenommene Ausnahmevorschrift, die, nachdem das Gesetz selbst eine entsprechende Anwendung der für die Absonderungsberechtigten geltenden Bestimmungen ausdrücklich vorschreibt, nicht über dieses Anwendungsgebiet hinaus ausgedehnt werden darf.[8]) Denn gerade durch die Aufzählung der event. in Frage kommenden Bestimmungen der Konkursordnung sollte eine etwaige Anwendbarkeit anderer Grundsätze und Vorschriften ausgeschlossen sein.

Selbstverständlich steht dem Kommittenten, welchem auf sein Verlangen ein Stückeverzeichnis gemäß § 3 Dep.-Ges. erteilt worden ist, oder der in anderer Weise das Eigentum an den, den Gegenstand des Kommissionsgeschäfts bildenden Wertpapieren erlangt hat, nach wie vor gemäß den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen und den Vorschriften der Konkursordnung ein Aussonderungsrecht an seinen noch in der Masse befindlichen Wertpapieren zu.

Das Konkursvorrecht des § 7a Dep.-Ges. neuer Fassung steht im übrigen dem Kommittenten auch dann zu, wenn ihm ein unrichtiges Stückeverzeichnis vom Kommissionär übersandt worden ist, d. h. ein Verzeichnis, welches Stücke enthält, über die der Kommissionär nicht verfügen durfte, oder die er noch nicht angeschafft hatte. Denn selbstredend darf der Kommittent durch Empfang eines — irrtümlich oder absichtlich — unrichtig gehaltenen Stückeverzeichnisses nicht schlechter gestellt werden, als ein Kommittent, der überhaupt kein Stückeverzeichnis erhalten hat.

---

[8]) Vgl. Jäger, Komm. zur Konk.-Ord., Bd. 1 zu § 61, Anm. 3, S. 673.

Beziehung wäre es sicherlich aussichtslos gewesen, die Innehaltung aller Vorschriften des Dep.-Ges. etwa durch neue Strafbestimmungen zu erzwingen. Die neue Verordnung hat daher den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung getragen, in dem sie bestimmte, daß der Kommissionär dem Kommittenten nur „auf dessen Verlangen" ein Stückeverzeichnis zu übersenden habe, und zwar nicht mehr, wie bisher, binnen drei Tagen, sondern erst binnen einer Woche.

Die Frist, die früher mit dem Erwerb der Stücke durch den Kommissionär bezw. mit Ablauf der Zeit zu laufen begann, innerhalb deren der Kommissionär bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang die Stücke beziehen konnte, beginnt jetzt erst mit dem Zeitpunkt, in welchem dem Kommissionär das Verlangen des Kommittenten „zugeht", d. h. in welchem der Kommissionär tatsächlich Kenntnis von dem Verlangen des Kommittenten nach einem Stückeverzeichnis haben konnte. Die bloße Absendung des Verlangens durch den Kommittenten genügt also nicht, um die Frist in Lauf zu setzen. Im Streitfalle hat der Kommittent zu beweisen, daß sein Verlangen dem Kommissionär auch wirklich zugegangen ist.

Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß der Kommittent bei einem laufenden Geschäftsverkehr das Verlangen nach Uebersendung eines Stückeverzeichnisses ein für allemal stellen kann, ebenso wie auch der Kommissionär — etwa in seinen Geschäftsbedingungen — vorschreiben kann, daß ihm jenes Verlangen in jedem einzelnen Falle besonders zugehen muß.

Während bisher ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis zulässig war — bei Privatkunden allerdings nur ausdrücklich und schriftlich — kann jetzt das Recht des Kommittenten auf ein Stückeverzeichnis, sofern er nicht selbst Bankier ist, nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Dagegen kann sich aber der Kommissionär das Recht ausbedingen, dem Kommittenten anstelle der Uebersendung des Stückeverzeichnisses die Stücke selbst herauszugeben oder ihm den Herausgabeanspruch an eine dritte die Stücke aufbewahrende Stelle abzutreten (§ 3 Abs. 2 Satz 1 neuer Fassung).

Diese letztere Bestimmung soll wohl in erster Linie die Banken von unnötigen und zeitraubenden schriftlichen Arbeiten entlasten, weil es sich gezeigt hat, daß in Zeiten einer Hausse oder sonstigen starken Geschäftsverkehrs selbst die vorgeschriebene Zeit von einer Woche nicht ausreicht, um das Stückeverzeichnis fertigzustellen und zu übersenden. Andererseits mußte dann auch für eine entsprechende Sicherung des Kommittenten gesorgt werden.

Damit ist auch der alte Streit, welche Wirkung dem Verzicht des Kommittenten auf Uebersendung des Stückever-

zeichnisses beizulegen ist, wenigstens für den Kreis von Kommittenten, die nicht Bankiers sind, erledigt.

Fraglich und zweifelhaft erscheint es aber immer noch, ob dem Kommissionär nicht ein Recht zusteht, das Stückeverzeichnis solange zurückzubehalten, bis der Kommittent seine Verpflichtungen aus dem Geschäft ihm gegenüber vollständig erfüllt hat, d. h. ob der Kommissionär nicht die Uebersendung des Stückeverzeichnisses von der vorgängigen Erfüllung aller Verpflichtungen durch den Kommittenten abhängig machen, also gewissermaßen eine Rückbehaltungsrecht an den angeschafften bezw. umgetauschten Papieren geltend machen darf. Für die Richtigkeit dieser Ansicht scheint uns auch die Fassung des neuen § 7a zu sprechen, wonach dem Kommittenten die dort näher angegebenen Konkursvorrechte nur dann eingeräumt werden, wenn er „die ihm dem Kommissionär gegenüber obliegenden Pflichten vollständig erfüllt" hat.

Ebenso wie es unbillig wäre, dem Kommittenten, der seinen Verpflichtungen dem Kommissionär gegenüber nicht voll nachgekommen ist, ein besonderes Konkursvorrecht im Konkurse des Kommissionärs einzuräumen, wäre es gleichermaßen ungerecht, vom Kommissionär zu verlangen, daß er erst sein Geld zur Anschaffung bezw. zum Umtausch von Wertpapieren für den Kommittenten festlegen und dann dem Kommittenten obendrein noch durch Uebersendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den Papieren verschaffen soll, ohne selbst wegen seiner eigenen Forderungen aus dem Geschäft voll befriedigt zu sein.[3])

Aus diesem Grunde hat der Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes in einem weiteren Rundschreiben vom 3. Dezember 1923 für seine Mitglieder und deren Kunden die durch die Bestimmungen des Artikel II der Verordnung vom 21. November 1923 geschaffenen Rechtslage dahin ausgelegt, daß, wenn der Kommittent jetzt die Uebersendung eines Stückeverzeichnisses verlange, sich dieses Verlangen als „Geltendmachung eines Anspruchs aus einem gegenseitigen Vertrage" darstelle, dessen Erfüllung von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig sei.

Dieselbe Ansicht hatte schon früher Breit[4]) gegen Rießer und Lusensky[5]) vertreten. Angesichts der jetzigen Fassung des Gesetzes hat jedoch auch Rießer[6]) seinen früheren Stand-

[3]) Der Regierungsentwurf zum alten Dep.-Ges. hatte für diesen Fall in einem § 4 vorgesehen, daß der Kommissionär dann die Uebersendung des Stückeverzeichnisses unter Beifügung einer Rechnung „aussetzen" könne.

[4]) Breit bei Holdheim 1909, S. 137.

[5]) Lusensky zu § 3 Anm. 6, S. 67 ff.

[6]) Riesser, S. 91, Anm. 2.

punkt nicht mehr aufrecht erhalten. Der Kommissionär würde somit also bis zur völligen Bewirkung der Gegenleistung durch den Kommittenten lediglich dessen Stückeschuldner sein und der Kommittent nur einen persönlichen Anspruch auf Aushändigung von Papieren gleicher Art und Menge gegen ihn haben. Für den Kommittenten mag hierin ein weiterer Ansporn liegen, seinen Verpflichtungen gegenüber dem Kommissionär pünktlich und völlig nachzukommen.

Die Praxis hat die Schwierigkeit jener Frage dadurch zu überwinden gesucht, daß die für Rechnung des Kommittenten anzuschaffenden Stücke jetzt allgemein auch dem Kommissionär nur unter Vorbehalt des Eigentums bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises geliefert werden (§ 455 BGB.), so daß nunmehr auch der Kommittent durch eine vorherige Uebersendung des Stückeverzeichnisses seinerseits kein Eigentum erwirbt, solange der Eigentumsvorbehalt noch besteht (vergl. § 158 BGB.).

Im Verkehr der Bankiers untereinander kann freilich nach wie vor auch jetzt noch auf die Uebersendung eines Stückeverzeichnisses verzichtet werden.

Die bedeutsamste Neuerung des Depotgesetzes liegt in der durch Artikel III der Verordnung vom 21. November 1923 erfolgten Einfügung eines § 7a, durch welchen dem Kommittenten, der seine Verpflichtungen dem Kommissionär gegenüber vollständig erfüllt hat, ein besonderes Konkursvorrecht eingeräumt wird als Schutz für den Fall, daß ihm ein Stückeverzeichnis trotz seines Verlangens (und event. Stellung einer Nachfrist) nicht übersandt und er auch „auf sonstige Art" nicht zum Eigentümer der ihm zustehenden Wertpapiere gemacht worden ist.

Dieses Konkursvorrecht besteht hinsichtlich des Anspruchs des Kommittenten auf Lieferung wie auch auf Befriedigung aus den in der Masse befindlichen Wertpapieren gleicher Gattung. Aber auch „aus dem sonstigen Vermögen" des Kommissionärs kann der Kommittent gegebenenfalls Befriedigung verlangen, dies allerdings nur für denjenigen Betrag verhältnismäßig, „zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet" oder „mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist". Es finden dann hier die für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156 und 168 Nr. 3 KO. entsprechende Anwendung. Ueber die Natur dieses Konkursvorrechts gibt das Gesetz selbst keine Erklärung. Obgleich dieser Anspruch allen anderen Konkursforderungen vorgeht, handelt es sich hier doch, wie Rießer[7]) zutreffend ausführt, weder um ein Aussonderungsrecht, noch um ein eigentliches Absonderungsrecht im Sinne der §§ 48, 49 KO.

[7]) Riesser, Bankdepotgesetz, S. 103, 104, 106.

Vielmehr ist seine juristische Natur noch durchaus ungeklärt. Jedenfalls handelt es sich hier um eine in die Depotgesetzgebung aufgenommene Ausnahmevorschrift, die, nachdem das Gesetz selbst eine entsprechende Anwendung der für die Absonderungsberechtigten geltenden Bestimmungen ausdrücklich vorschreibt, nicht über dieses Anwendungsgebiet hinaus ausgedehnt werden darf.[8]) Denn gerade durch die Aufzählung der event. in Frage kommenden Bestimmungen der Konkursordnung sollte eine etwaige Anwendbarkeit anderer Grundsätze und Vorschriften ausgeschlossen sein.

Selbstverständlich steht dem Kommittenten, welchem auf sein Verlangen ein Stückeverzeichnis gemäß § 3 Dep.-Ges. erteilt worden ist, oder der in anderer Weise das Eigentum an den, den Gegenstand des Kommissionsgeschäfts · bildenden Wertpapieren erlangt hat, nach wie vor gemäß den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen und den Vorschriften der Konkursordnung ein Aussonderungsrecht an seinen noch in der Masse befindlichen Wertpapieren zu.

Das Konkursvorrecht des § 7a Dep.-Ges. neuer Fassung steht im übrigen dem Kommittenten auch dann zu, wenn ihm ein unrichtiges Stückeverzeichnis vom Kommissionär übersandt worden ist, d. h. ein Verzeichnis, welches Stücke enthält, über die der Kommissionär nicht verfügen durfte, oder die er noch nicht angeschafft hatte. Denn selbstredend darf der Kommittent durch Empfang eines — irrtümlich oder absichtlich — unrichtig gehaltenen Stückeverzeichnisses nicht schlechter gestellt werden, als ein Kommittent, der überhaupt kein Stückeverzeichnis erhalten hat.

---

[8]) Vgl. Jäger, Komm. zur Konk.-Ord., Bd. 1 zu § 61, Anm. 3, S. 673.